

Tribunal de Contas da União (TCU)
Senado Federal (SF)
Secretaria de Orçamento Federal (SOF)
Controladoria-Geral da União (CGU)

ESPECIALIZAÇÃO EM ORÇAMENTO PÚBLICO

ORGANIZAÇÃO DO ESTADO:

recaptação, manutenção ou desestatização de empresas estatais dependentes

WALISSON ALAN CORREIA DE ALMEIDA

Orientador: Romilson Rodrigues Pereira, *M.Sc.*

Brasília - DF

2010

Tribunal de Contas da União (TCU)
Senado Federal (SF)
Secretaria de Orçamento Federal (SOF)
Controladoria-Geral da União (CGU)

ESPECIALIZAÇÃO EM ORÇAMENTO PÚBLICO

ORGANIZAÇÃO DO ESTADO:

recaptação, manutenção ou desestatização de empresas estatais dependentes

WALISSON ALAN CORREIA DE ALMEIDA

Orientador: Romilson Rodrigues Pereira, *M.Sc.*

Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa -
ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do grau de
Especialista em Orçamento Público.

Brasília - DF

2010

RESUMO

O presente trabalho analisa a organização administrativa do Estado brasileiro e os preceitos constitucionais e legais aplicáveis às empresas estatais federais que exploram atividade econômica em geral. A análise enfoca o conceito de empresa estatal dependente e as implicações da situação de dependência das entidades deficitárias. Como resultado, conclui-se que, em sendo a participação estatal na economia vista como um procedimento excepcional, a decisão de recapturar, manter ou desestatizar empresas estatais dependentes no âmbito federal deve observar dois critérios: se a atividade desempenhada pela entidade é típica do Estado e se a intervenção concorrencial (ou por participação) do Estado no domínio econômico está em sintonia com os ditames constitucionais.

Palavras-chave: Organização do Estado. Administração Indireta. Intervenção estatal. Constituição de 1988. Empresas estatais dependentes. Recaptura. Manutenção. Desestatização.

ABSTRACT

This paper analyzes the Brazilian State administrative organization and the applicable lawful and constitutional precepts to the federal state-owned companies that explore economic activity in general. The analysis focuses the concept of dependent state-owned company and the dependence situation implications of these entities. The work concludes that, in being the state-owned participation in the economy an exceptional procedure, the decision to recapture, maintain or divestiture the federal dependent state-owned companies should observe two criteria: if the activity performed by the entity is State typical and if the State intervention in the economic domain is in tuning with the constitutional dictates.

Keywords: State organization. Indirect administration. State intervention. Constitution of 1988. Dependent state-owned companies. Recapture. Maintenance. Divestiture.

SUMÁRIO

1	Introdução	1
2	Organização Administrativa do Estado Brasileiro	2
2.1	Síntese Histórica do Intervencionismo do Estado na Economia	2
2.2	Estrutura da Administração Pública Brasileira	4
2.3	Problemas na Atuação das Empresas Estatais Federais	7
3	Disciplina Constitucional das Empresas Estatais	10
3.1	O Advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88)	10
3.2	Tipos e Possibilidades para a Intervenção Estatal	10
3.3	Princípios Regentes da Intervenção Concorrencial (ou Por Participação)	12
3.3.1	Livre Iniciativa	13
3.3.2	Subsidiariedade	14
3.3.3	Imperativos de Segurança Nacional e Relevante Interesse Coletivo	15
4	Organização do Estado e Empresas Estatais Dependentes	17
4.1	Empresas Estatais Dependentes	17
4.2	Problemas Relacionados à Situação de Dependência	19
4.3	Recaptura, Manutenção ou Desestatização das Empresas Estatais Dependentes	21
4.3.1	Recaptura pelo Setor Público Estatal	22
4.3.2	Manutenção ou Desestatização da Empresa Estatal Dependente	23
5	Conclusão	24
6	Referências	26

1 Introdução

As preocupações com a redução do gasto governamental e com o controle do déficit público refletem, diretamente, no processo de ordenamento institucional e legal do Estado brasileiro. Percebe-se que, nos últimos anos, vem crescendo a exigência social por um Estado capaz de atuar rápida e proficuamente na solução de problemas e no atendimento às demandas da sociedade.

Um desafio fundamental, nos dias de hoje, é introduzir um modelo de gestão estatal que crie condições para a implantação de um novo tipo de desenvolvimento econômico-social, fundado nos valores da democracia. Tal desafio requer uma Administração Pública estruturada e organizada de maneira proporcional ao que a sociedade espera do Estado brasileiro.

Nesse contexto, destaca-se a atuação das empresas estatais, as quais são formas de agir da Administração, quer para a prestação de serviços públicos, quer para intervenção na atividade econômica. A execução das metas governamentais por meio de tais entidades sempre foi e continua sendo um artifício para dar maior flexibilidade à ação administrativa. Ocorre que, em muitas vezes, tal política foi ou é insatisfatória.

Desde razões ligadas ao esgotamento do modelo de financiamento, dentre as quais o alto endividamento e a redução real das receitas operacionais, até motivos políticos dissociados da busca da eficiência nas empresas estatais, fizeram surgir entidades que recebem do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas, as quais foram denominadas pela Lei Complementar nº 101/2000 como empresas estatais dependentes.

Desta forma, o presente trabalho tem por escopo abordar matéria que se harmoniza com o temário da gestão pública, ao analisar as formas de organização adotadas pelo Estado para atender seus fins, identificando quais os preceitos que devem ser observados para recapturar, manter ou desestatizar empresas estatais dependentes no âmbito federal.

Para tanto, é descrita a organização administrativa do Estado brasileiro, destacando a descentralização e a atuação das empresas estatais federais (seção 2). Depois, apresenta-se a disciplina jurídica acerca das empresas estatais federais, identificando os preceitos que lhes são aplicáveis (seção 3). Por fim, é analisado o impacto de tais preceitos na recaptura, manutenção ou desestatização das atividades desempenhadas pelas empresas estatais dependentes (seção 4).

Como resultado da pesquisa, verifica-se que a decisão de recapturar, manter ou desestatizar empresas estatais dependentes no âmbito federal deve observar a atividade

desempenhada pela entidade e a constitucionalidade da participação concorrencial do Estado na economia.

2 Organização Administrativa do Estado Brasileiro

2.1 Síntese Histórica do Intervencionismo do Estado na Economia

Uma sucinta exposição sobre a evolução histórica da exploração da atividade econômica no Brasil é valiosa para alcançar uma compreensão mais nítida de sua atribuição no paradigma constitucional atual.

Até o século XVIII, a intervenção estatal era mínima, tendo em vista a falta de interesse de Portugal pelo Brasil (GIAMBIAGI, 2008, p. 65).

Ainda assim, os primeiros registros de incursão direta do Estado na produção de bens e na prestação de serviços econômicos no Brasil datam do século XVII, quando se criou, por exemplo, o serviço postal, em 1662, e a Casa da Moeda da Bahia, em 1694 (SARAVIA, 2004).

No início do século XIX, com a vinda da Corte portuguesa para o Brasil, aumentou o interesse no progresso da colônia e a atuação intervencionista expandiu-se.

Uma das principais ações estatais nesse período foi a fundação do Banco do Brasil, em 1808. Saravia (2004) destaca ainda a criação da Imprensa Régia, da Real Fábrica de Ferro de São João de Ipanema, da Usina do Morro do Pilar e da Real Manufatura de Espingardas. Depois da independência e durante o segundo império foram criadas a Estrada de Ferro Dom Pedro II e a Caixa Econômica e Monte de Socorro.

Giambiagi (2008, p. 66) ressalta que os investimentos iniciais em um sistema básico de transportes e utilidades públicas ficaram a cargo do capital estrangeiro. Entretanto, a intervenção do Estado foi vital, à medida que afiançava um rendimento mínimo para os investimentos estrangeiros. Segundo o autor, a subsequente estatização das ferrovias no início do século XX ocorreu devido à falta de lucratividade dos serviços e da mudança de postura do governo, uma vez que a garantia de rentabilidade converteu-se em um ônus insustentável para o seu orçamento. Outro fator que explicou a ampliação da intervenção estatal foi o controle das tarifas. Com o governo cada vez menos disposto a garantir a taxa de lucratividade e com a intenção de cobrar tarifas consideradas socialmente justas para o usuário, a estatização gradual tornou-se um desfecho natural.

Saravia (2004) expõe que as primeiras décadas do século XX assistiram ao surgimento dos bancos estaduais, como o da Paraíba (1912), do Piauí (1926), de São Paulo

(1927) e do Paraná e Rio Grande do Sul (1928), que tiveram como alvo inicial o apoio ao setor agrícola nos respectivos estados. Anteriormente, só estava em funcionamento o banco de Minas Gerais (1889).

A crise do início da década de 1930 corroborou a necessidade de uma intervenção estatal vigorosa. Segundo Saravia (2004), tal tendência no Brasil implicou na criação de autarquias destinadas a blindar e instigar o desenvolvimento de diversos setores. Foi o caso do Departamento Nacional do Café e do Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), do Instituto Nacional do Mate (1938), do Instituto Nacional do Sal (1940), do Instituto Nacional do Pinho (1941) e das Comissões Executivas de Frutas, do Leite, de Produtos da Mandioca e da Pesca (1942). No setor aéreo, foi criada a Viação Aérea de São Paulo - VASP (1935), controlada pelo governo do estado de São Paulo. No setor de navegação, houve a compra definitiva do Lloyd Brasileiro (1937), transformado em autarquia federal, e a criação do Serviço de Navegação da Amazônia e Administração do Porto do Pará (1940), da Companhia Nacional de Navegação Costeira (1942) e do Serviço de Navegação da Bacia do Prata (1943), resultantes da nacionalização ou desapropriação de empresas privadas.

A Segunda Guerra Mundial acarretou a transformação definitiva do Estado em grande empresário. O processo pode ser explicado devido às exigências de fornecimento de insumos básicos para a produção (SARAVIA, 2004). Foram criadas a Companhia Siderúrgica Nacional (1941), a Companhia Vale do Rio Doce (1942), a Fábrica Nacional de Motores e a Companhia Nacional de Alcalis (1943).

Os anos 1950 assistiram a solidificação da premissa desenvolvimentista no Brasil. Saravia (2004) assinala que no esteio do conceito de desenvolvimento econômico está o planejamento, isto é, uma tendência de intervenção do Estado para incitar e dirigir o crescimento da economia. A criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (1952) inscreve-se nesta linha de pensamento. Outro fato importante foi a criação da Petrobras (1953), à qual se concedeu o monopólio de exploração e refino do petróleo, com a intenção de assegurar uma fonte interna de fornecimento.

No dizer de Giambiagi (2008, p. 69), era importante para o governo sustentar as tarifas de utilidade pública em níveis baixos com o objetivo de fomentar o desenvolvimento industrial e subsidiar o consumidor. Desse modo, o Estado passou gradativamente a responder por atividades no campo dos serviços de utilidade pública, como a geração e distribuição de eletricidade e transporte público.

Dentro desse quadro, foram criadas, no setor energético, a Companhia Hidrelétrica do São Francisco (1948), a Companhia Energética de Minas Gerais (1952), a

Companhia de Eletricidade do Amapá (1956), as Centrais Elétricas de Furnas (1957) e a Companhia Hidrelétrica do Vale do Paraíba (1960); e no setor de transporte, a Rede Ferroviária Federal S.A. (1957) e o Serviço de Transporte da Baía de Guanabara (1959).

Merece destaque ainda a criação da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (1956), surgida pra dirigir os trabalhos de construção de Brasília.

Ao longo das décadas de 1960 e 1970, o Estado continuou aumentando sua participação no setor produtivo.

Nessa época, foram criadas várias empresas *holding*, como a Eletrobras (1961), das empresas energéticas de propriedade federal, a Telebras (1972), na área das telecomunicações, a Siderbras (1973), na área siderúrgica, e a Portobras (1975), das empresas administradoras de portos.

Entre as numerosas empresas criadas durante a época, ressaltam-se o Serviço Federal de Processamento de Dados (1964), o Banco Nacional de Habitação (1965), a Empresa Brasileira de Turismo (1966), a Empresa Brasileira de Aeronáutica (1969), a Empresa Brasileira de Filmes (1969), a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (1972) e a Indústria de Material Bélico do Brasil (1975).

Este é o momento de maior propagação do setor empresarial público que registra a história econômica brasileira. Tal tendência só foi contida nos anos 1980, com as transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas na época.

2.2 Estrutura da Administração Pública Brasileira

A citação dos exemplos da história das empresas estatais conduz à necessidade de conhecer a sistematização legal do tema.

Para alcançar seus objetivos, a Administração Pública age por meios diretos e indiretos. Por meio direto quando desempenha, ela mesma, as suas competências. E indiretamente quando, para tal, estabelece pessoas jurídicas autônomas, ligadas ao Estado e providas de parte de seus privilégios. A Administração, ao atuar de modo indireto, pode constituir pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Souto (2003, p. 57) afirma que a Administração, para desempenho de suas funções, pode funcionar de forma centralizada, isto é, o poder será exercido diretamente pelo ente político criado pela Constituição Federal, ou por criaturas decorrentes de seu poder de auto-organização.

Na mesma linha, Moreira Neto (2005, p. 125) assegura que a execução da administração pública dos interesses públicos, que é a tradicional, se realiza por meio do

próprio Estado, podendo ser direta, neste caso a exercida por suas diversas personalizações constitucionais, e indireta, a operada por pessoas jurídicas de direito público ou privado, por ele próprio instituídas por lei, conformando ambas a Administração Pública, em seu sentido subjetivo.

As funções estatais são aquelas contínuas e exclusivas e, portanto, típicas do Estado. Cabe ao Estado, exclusivamente, zelar pela segurança e ordem interna, garantir a justiça e a lei, conservar as relações internacionais, formular e instituir as políticas públicas, controlar o planejamento e a execução da despesa e da receita públicas, *etc.* Algumas funções sociais e econômicas são parcialmente transferíveis e podem ser exercidas tanto pelo Estado quanto pelo particular.

De todo modo, o fato de haver um núcleo estratégico de atividades típicas e serviços essenciais a serem prestados pelo governo não implica que o Estado não possa, subsidiariamente, atuar no domínio econômico, desde que constitucionalmente definido, como se verá adiante.

O aparecimento da Administração Indireta está historicamente ligado ao conceito de descentralização administrativa, que ocorre quando as competências são transmitidas de uma para outra pessoa jurídica, ou seja, do âmbito da Administração Direta para entidades com personalidade jurídica própria, a ela ligadas, comumente com a intenção de dar a essa entidade meios de atuação que lhe possibilite agir com mais desenvoltura e colher resultados superiores.

A descentralização administrativa ocorre, precipuamente, para proporcionar às entidades criadas pelo Estado, munidas de incumbências específicas, a correspondente autossuficiência e capacidade de auto-administração necessárias à sua atuação.

Moreira Neto (2005, p. 260) esclarece muito bem que ao Estado compete, por cometimento constitucional ou legal, exercer inúmeras atividades administrativas impróprias, ou seja, que não necessitam ser por ele desempenhadas, o que ocorre, principalmente, na prestação de atividades de ordenamento econômico, nas quais a Administração Direta, burocraticamente pesada e rigidamente controlada, é inadequada para atender satisfatoriamente àquelas finalidades, que podem ser mais eficientemente desenvolvidas de modo indireto, mais ágil e competitivo.

Por isso, o Estado também passou a se utilizar, para atender certas necessidades da sociedade sob sua responsabilidade, de entidades dotadas de personalidade jurídica própria, originando o conceito de Administração Indireta.

Ainda sobre as competências do Estado e o surgimento da Administração Indireta, Carvalho Filho (2008, p. 445) defende que essas pessoas administrativas são mais versáteis em sua atuação, ao passo que os órgãos estatais se encontram presos a uma infinita quantidade de controles, o que provoca sensível lentidão nas atividades que desempenha. Ou seja, o que inspirou a criação desse tipo de entidades foi a possibilidade de o Estado se assemelhar, de certa maneira, a um empresário, que precisa de celeridade e eficiência para atingir seus objetivos.

Acerca da descentralização, Souto (2003, p. 61) a conceitua como uma opção técnico-administrativa de desmembramento do exercício do poder, e não de sua titularidade, que, de qualquer modo, permanece com o povo, de quem emana, em favor do Estado.

Para Moreira Neto (2005, p. 121), descentralização, em sentido amplo, vem a ser qualquer método de distribuição do planejamento, da decisão, da execução e do controle administrativos entre entes, órgãos ou agentes, sejam coordenados, sejam subordinados entre si.

Nas palavras de Medauar (2009, p. 61), descentralização administrativa significa a transferência de poderes de decisão em matérias específicas a entes dotados de personalidade jurídica própria. Tais entes realizam, em nome próprio, atividades que, em princípio, têm as mesmas características e os mesmos efeitos das atividades administrativas estatais.

As centenas de instituições criadas ao longo dos séculos no Brasil tornaram corriqueiro em nossa organização administrativa a distinção entre Administração Direta e Indireta a partir da personificação de partes das atribuições do Estado.

Tornou-se imprescindível, então, a edição de um diploma legal que positivasse a organização administrativa brasileira. Assim, a estrutura clássica foi apresentada, no âmbito federal, por meio do Decreto-Lei nº 200/67, que em seus arts. 4º e 5º conceitua Administração Pública:

“Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. (Renumerado pela Lei nº 7.596, de 1987)

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

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração

Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)”

De tal diploma, emana o conceito de empresas estatais, nome genérico dado às entidades controladas direta ou indiretamente pelo poder público, no qual se incluem as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Idealizadas como entidades que possibilitariam flexibilizar a atuação do Estado, ganharam da lei personalidade jurídica de direito privado com o fito de liberá-las dos procedimentos burocráticos e formais que balizam o desempenho dos órgãos públicos em geral. Desejava-se, com isso, uma maior desenvoltura da sua atuação, a exemplo do que acontece com a própria iniciativa privada.

2.3 Problemas na Atuação das Empresas Estatais Federais

As definições do Decreto-Lei nº 200/67, todavia, não se mantiveram estáveis por longo período.

Houve um paulatino afastamento entre os conceitos propostos pelo Decreto-Lei nº 200/67 e as formas jurídicas adotadas pela Administração para atender às necessidades do Estado. Por exemplo, diversas entidades estruturaram-se sob a forma autárquica sem que se destinassem à execução de atividades típicas da Administração, ou sob a forma empresarial sem que se destinassem, efetivamente, à exploração de atividade econômica ou à exploração de serviço público de natureza comercial ou industrial.

Saravia defende que a instituição de empresas estatais seria justificável em se tratando de empreendimentos de natureza econômica, uma vez que tais incumbências precisariam de agilidade e flexibilidade que não se coadunariam com a racionalidade burocrática tradicional, fazendo-se necessário, pois, revesti-las de formas jurídicas que lhes assegurassem racionalidade empresarial. Todavia, o autor alerta que:

“[...] o governo percebeu que a fórmula empresarial servia-lhe, também, para agilizar outras atividades, cuja essência era diversa. Apareceram, então, entidades configuradas formalmente como empresas estatais, mas cuja prestação não era de natureza empresarial. Em lugar de agilizar a estrutura da administração central, o governo optou por estender a figura empresarial a entidades cujos empreendimentos são substantivamente diferentes aos de uma empresa. As distorções decorrentes desta operação ‘contra natura’ configuram um vasto acervo de absurdos administrativos existente na administração pública.” (SARAVIA, 2004).

Para Marques Neto, o itinerário das empresas estatais demonstra que a instituição de tais entidades deveu-se mais à busca de maior eficiência (libertação dos grilhões do regime do direito público) do que à necessidade de maior adequação do regime jurídico às finalidades da atuação estatal, abrindo brecha para a ocorrência de irregularidades e distorções, como a prática de empreguismo na esteira da maior liberdade de contratação de pessoal. Segundo o autor:

“Os mecanismos e facilidades do direito privado que deveriam servir para uma melhor atuação estatal quando atuante no domínio econômico, acabaram por (não só, mas também) ensejar o aproveitamento das empresas estatais para burlar as exigências de isonomia, impessoalidade, moralidade e economicidade (subjacentes ao princípio republicano) asseguradas pelo regime de direito público.” (MARQUES NETO, 2006, p. 578)

De uma forma geral, a crítica de Carvalho Filho (2008, p. 449) é no sentido de lembrar que o Estado praticou excessiva intervenção na atividade econômica, provocando o nascimento de inúmeras pessoas onerosas, deficitárias e inoperantes, para atuar em área que não lhe seria adequada.

Souto aduz que o Estado chamou para si cada vez mais setores e que os frequentes prejuízos foram absorvidos pelo Tesouro. Segundo o autor, outro fator que levava as estatais à ineficiência era que:

“[...] ao contrário do que ocorre nas empresas privadas, o dono do capital - o povo - não mantinha a indispensável proximidade dos administradores; estes, por sua vez, sem a necessária profissionalização e/ou especialização e uma perspectiva de carreira na empresa (já que as nomeações sempre foram primordialmente políticas para cada mandato governamental), jamais se esforçaram em efetivar um planejamento estratégico eficaz; ao revés, foram meros executores de uma tática eleitoreira de investimentos faraônicos e várias admissões de pessoal (muitas vezes sem qualquer treinamento ou aptidão para a função).” (SOUTO, 2003, pp. 360/361)

Na mesma linha, Medauar é categórica ao afirmar que a atuação das empresas estatais suscitou vários problemas:

“Os objetivos de eficiência e agilidade não foram atingidos. Tornaram-se ‘cabides’ de empregos e ‘feudos’ de grupos políticos. Acarretaram grandes dívidas e déficits que o Tesouro público tinha de cobrir, e este, por sua vez, ante a escassez de recursos, não poderia arcar com tais rombos. Os muitos mecanismos criados para controlar as estatais revelaram-se ineficazes.” (MEDAUAR, 2009, p. 95).

A propagação de empresas estatais ocorreu sob o pretexto de que era preciso outorgar autonomia gerencial, separando a Administração Indireta da Direta e fundando um estilo gerencial de empresa privada na administração do setor empresarial público, uma vez

que tal modelo possibilitaria maior celeridade ao atendimento das pendências e necessidades do Estado desenvolvimentista.

Todavia, vê-se que essa vantagem levou à apropriação patrimonialista e fisiológica destas entidades, que assumiram tal forma jurídica especialmente em função das prerrogativas que lhe eram então intrínsecas, em particular a não subordinação a regras relativas à contratação de pessoal, ao regime licitatório e às limitações orçamentárias.

Em muitos casos, a gestão de certas empresas estatais ocorreu à revelia do interesse público que pautou a sua instituição, gerando crescente ineficiência e elevado grau de desvio de finalidade, chegando tais entidades a exercer propósitos políticos ou clientelistas totalmente distintos de seu escopo.

O uso político dessas entidades tornou-as crescentemente deficitárias e tecnicamente defasadas, uma vez que administradas de uma maneira totalmente inconciliável com a sua natureza empresarial.

Ao lado dessa esteira de ineficiência das empresas estatais, é importante trazer a lume a opinião de Giambiagi (2008, pp. 72/73), segundo o qual as dificuldades enfrentadas pelas estatais ao longo das décadas 1980 e 1990 podem ser creditadas, em boa parte, ao esgotamento do modelo de financiamento então vigente.

Segundo o autor, como resultado da deterioração da receita tributária e da tentativa de redução do déficit público, houve um esforço de contenção de gastos orçamentários, que se refletiu em uma redução significativa dos aportes de capital às empresas estatais (restrição ao crédito interno), induzindo-as à captação de recursos no exterior e, conseqüentemente, ao aumento do seu passivo.

Além disso, com objetivos anti-inflacionários, as empresas estatais praticaram, de forma recorrente, reajustes de suas tarifas públicas abaixo da inflação ou forneceram insumos subsidiados a setores considerados estratégicos ao projeto nacional de desenvolvimento.

Assim, o autor conclui que:

“A combinação de alto endividamento e redução real das receitas operacionais [...] acabou refletindo-se em uma redução significativa da capacidade de autofinanciamento das empresas estatais e, conseqüentemente, dos seus níveis de investimento.” (GIAMBIAGI, 2008, p. 73)

Com a retomada da democracia, a partir de 1985, após o fim do período de ditadura militar no Brasil, ganhou destaque a discussão sobre o novo papel do Estado, sobretudo no que diz respeito à atividade econômica substitutiva ao setor privado, e tiveram início ações no sentido de reexaminar essa conjuntura.

3 Disciplina Constitucional das Empresas Estatais

3.1 O Advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88)

Na década de 1980, muitas das razões que levaram ao elevado intervencionismo estatal não estavam mais presentes, tornando imperioso ajustar o tamanho do Estado e, mais importante ainda, aprimorar a qualidade de sua intervenção.

O panorama da época exigia uma ordem constitucional econômica mais democrática e que assegurasse a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, superando a antiga ordem mantida por um regime político de natureza autoritária.

Ao se deparar com um panorama de multiplicação das empresas criadas ou assimiladas pelo Estado, o Constituinte almejou impor fronteiras à profusão da Administração Indireta, vedando a utilização da forma empresarial para o exercício de atividades típicas da Administração Pública e restringindo a exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

Com isso, a CF/88 impôs às empresas estatais novos preceitos de controle administrativo, a fim de suprimir, ou no mínimo coibir, a possibilidade de desregramentos na sua gestão. Tais entidades passaram, então, a se subordinar a procedimentos burocráticos e a formalidades basicamente inexistentes no mundo privado.

Segundo o entendimento de Marques Neto (2006, p. 579), a CF/88 procedeu quase que a um aprisionamento pelo direito público das entidades estatais constituídas e modeladas à luz do direito privado. Como reação aos desvios, a Carta adotou opção que acabou por praticamente erradicar as vantagens que advinham da criação dos entes estatais de direito privado.

Sobre o tema, eis a opinião de Moreira Neto:

“Assim, muito embora possa ser incidentalmente positiva, em alguns casos e por certos períodos, uma presença estimulante e supletiva do Estado, a médio e longo prazo tornam-se inevitáveis os seus efeitos desalentadores, com as distorções econômicas, sociais e, principalmente, políticas que produzem [...] Não por outras razões, como fruto de experiências vividas, a atual Constituição passou a exigir lei, sempre que o Estado, por qualquer dos fundamentos do art. 173, caput, se proponha a desenvolver algum tipo de exploração econômica: o Estado empresário é exceção [...]” (MOREIRA NETO, 2005, p. 531)

De fato, a CF/88 implicou uma ruptura paradigmática e demandou a redefinição do papel do Estado. Surgiu, então, uma ordem econômica alinhada ao exercício da cidadania.

3.2 Tipos e Possibilidades para a Intervenção Estatal

A questão das empresas estatais coloca-se na intricada discussão da intervenção do Estado na economia, assunto que, pela sua relevância, é objeto de normatização na CF/88.

A doutrina pátria sistematiza de diversas maneiras as formas de intervenção estatal no domínio econômico. Tavares (2006, pp. 180/181) demonstra, por exemplo, que Celso Antônio Bandeira de Mello identifica como modos de intervenção do Estado a atuação empresarial, os incentivos à iniciativa privada e o poder de polícia, e que na lição de Eros Roberto Grau a intervenção pode ocorrer por participação (regime de competição), por absorção (regime de monopólio), por direção e por indução.

Reale (1991, p. 16) conclui que cabe ao Estado explorar diretamente a atividade econômica, reprimir o abuso do poder econômico, estabelecer a responsabilidade das empresas e de seus dirigentes, atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica e, enfim, estabelecer as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento equilibrado.

Outra categorização que merece destaque é aquela realizada por Moreira Neto (2005, p. 475), que dispõe as instituições interventivas em quatro modalidades: concorrenciais, monopolistas, regulatórias e sancionatórias. Para o autor, os instrumentos de intervenção do Estado na ordem econômica estão taxativamente previstos na própria CF/88: pela *intervenção concorrencial*, o Estado propõe-se a disputar com a sociedade no desempenho de atividades econômicas empresariais; pela *intervenção monopolista*, o Estado se impõe com exclusividade na exploração econômica de certos bens ou serviços; pela *intervenção regulatória*, o Estado impõe uma ordenação coacta aos processos econômicos; e pela *intervenção sancionatória*, o Estado pune os abusos e excessos praticados contra a ordem econômica e financeira, incluída a economia popular e certos interesses gerais correlatos.

É certo que o atual texto constitucional, em sua nova sistemática, alvitra uma contundente diminuição da atuação do Estado como agente na esfera da atividade econômica.

A CF/88, logo em seu art. 1º, estabelece os valores sociais da livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Mais à frente, no título específico que trata da ordem econômica e financeira, a CF/88 reforça tal fundamento ao consignar que a atividade econômica é fundada na livre iniciativa, como se vê no art. 170, *caput*.

Outro progresso registrado pela CF/88 acerca da intervenção estatal na economia diz respeito às hipóteses em que será admitida a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, conforme expressamente disposto em seu art. 173:

“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”.

Em conformidade com tais comandos constitucionais, confirma-se, desde já, que a intervenção estatal no domínio econômico representa um procedimento de natureza extraordinária.

Importante ressaltar que a própria CF/88 delegou à União competência para explorar economicamente determinados serviços, como por exemplo os dispostos nos arts. 21, incisos X, XI, XII e XXIII, 175 e 177, alguns inclusive sob a forma de monopólio. Tais casos constituem algumas das ressalvas previstas no art. 173 e, *a priori*, não geram maiores problemas para a aplicação da limitada sistemática de atividade empresarial econômica do Estado inaugurada pela CF/88.

Em reforço, Souto (2003, p. 67) afirma que desde a Constituição de 1946 já se previa a possibilidade de lei especial monopolizar determinada atividade com base no interesse público. O que jamais houve foi uma disciplina do que seria o interesse público ensejador da intervenção direta do Estado na exploração da atividade econômica, problema não resolvido pela CF/88, muito embora avanços em termos de garantia de livre iniciativa tenham sido alcançados. Conclui o autor que:

“[...] não é livre o Chefe do Poder Executivo para, no exercício da direção superior da Administração, definir, na iniciativa das leis, toda e qualquer matéria como de interesse público ou segurança nacional. Cabe à sociedade clamar pelo atendimento de um interesse público, e não aos governantes ‘criarem’ interesses da sociedade para verem atingidos pela máquina estatal.

[...] E a opção do povo brasileiro, ao legitimar o poder estatal - no mesmo documento em que limita esse poder -, foi pela livre iniciativa, e só excepcionalmente - e não ao seu livre alvedrio -, o Estado exercerá atividade econômica e se estruturará empresarialmente para tanto.” (SOUTO, 2003, pp. 68/71)

Portanto, infere-se que a possibilidade de exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente tem vez quando preenchidos os devidos requisitos constitucionais.

3.3 Princípios Regentes da Intervenção Concorrencial (ou Por Participação)

Além dos princípios constitucionais estipulados para toda a Administração Pública no arts. 37 e 70 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, legitimidade e economicidade) da CF/88, a atuação das empresas estatais federais é atrelada a outros princípios definidos ao longo do texto constitucional.

Neste enfoque, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado está ligada, principalmente, aos preceitos que dizem respeito à livre iniciativa, à subsidiariedade, aos imperativos de segurança nacional e ao relevante interesse coletivo.

3.3.1 Livre Iniciativa

Por certo que a livre iniciativa é o princípio basilar da atividade econômica, conforme proclamado no art. 170 da CF/88, repetindo, na ordem econômica e financeira, um dos princípios fundamentais da República, expresso no art. 1º, inciso IV, da Carta.

De início, pode-se dizer que a livre iniciativa abarca tanto o direito de começar uma atividade econômica (acesso ao mercado), como o de interromper tal atividade. Com isso, os indivíduos devem ter liberdade não só para produzir e oferecer seus produtos no mercado, mas também para cessar suas atividades quando lhes for mais oportuno.

Reale (1991, p. 14), de forma mais abrangente, expõe que livre iniciativa é a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios considerados mais adequados à consecução dos fins visados. Ou seja, o princípio da livre iniciativa informa liberdade de fins e meios.

É importante dizer que os monopólios estatais estabelecidos pela CF/88 constituem uma espécie de limitação constitucional à liberdade de iniciativa, que em nada afrontam o Estado Democrático de Direito. Assim, nos casos listados pelos arts. 21, inciso XXIII, e 177 da CF/88, afasta-se a liberdade de iniciativa, constituindo monopólio estatal a titularidade de tais atividades econômicas.

Sob outro ponto de vista, o princípio constitucional da livre iniciativa constitui uma restrição auto-imposta ao próprio Estado, regrido a sua participação direta no mercado, no exercício de atividade econômica, conforme determina o art. 173 da CF/88.

No tocante às empresas estatais que operam na produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, sua atuação não representa afronta alguma ao princípio da livre iniciativa, desde que sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas, tributários e fiscais, conforme estabelecido pelo art. 173, §§ 1º, inciso II, e 2º, da CF/88.

Situação que se deve evitar a todo custo é a criação de uma determinada empresa estatal contemplada com quaisquer tipos de benefícios não extensivos às demais empresas privadas que explorem o mesmo ramo de atividade, ou seja, a concessão de um tratamento diferenciado e privilegiado em relação às demais pessoas jurídicas de direito privado com que tal estatal disputa o mercado. Intervenções concorrenciais desta natureza são manifestamente inconstitucionais por violação à livre iniciativa.

3.3.2 Subsidiariedade

A liberdade de iniciativa representa uma diminuição nas diferentes esferas da intervenção estatal no âmbito econômico, reclamando uma noção de subsidiariedade da participação do Estado na atividade econômica, consagrada pelo art. 173 da CF/88.

Cumprido ressaltar que o conceito de subsidiariedade pode ser aplicado em diversos campos sociais, políticos e econômicos. A ideia de subsidiariedade está relacionada à autonomia dos vários grupos que formam a sociedade, enfatizando que cada grupo é responsável pelo desempenho de tarefas específicas em função dos respectivos interesses a serem atingidos. Em outras palavras, pelo princípio da subsidiariedade, distinguem-se no ordenamento jurídico os principais e mais capazes agentes do desenvolvimento, aptos a executarem certas competências de modo eficiente.

Camargo afirma que após as eras de Estado Liberal e Estado Social, estamos vivendo a era do Estado Subsidiário, consagrado pela nossa atual Constituição. Destaca o autor que:

“Desta noção surge a conclusão lógica que o Estado deve se limitar ao exercício de suas atividades próprias, aquelas que não devem ser delegadas ao particular como é o caso da segurança, defesa, justiça. Devem ser regidas pelo princípio da subsidiariedade as atividades sociais e econômicas, como educação, saúde, bem como as atividades financeiras e comerciais, sendo que estas últimas somente em caráter supletivo devem ser desenvolvidas pelo Estado.

Importante ressaltar que Estado Subsidiário e Estado Mínimo não são expressões sinônimas. O Estado Mínimo só exerce atividades essenciais, deixando todas as outras para o setor privado, sendo esta a tradução de liberdade individual inerente ao Estado Liberal. No Estado Subsidiário, o Poder Público exerce atividades típicas do Estado e, paralelamente, atividades sociais e econômicas que o setor privado não consiga desempenhar de forma satisfatória no sistema da livre iniciativa [...].” (CAMARGO, 2006, p. 41)

Sobre o princípio da subsidiariedade e sua aplicação na ordem econômica, que interessa ao presente trabalho, Aragão (2003, p. 132) leciona que tal preceito impõe ao Estado que se abstenha de intervir em atividades que possam ser satisfatoriamente exercidas pelos particulares em regime de liberdade. Ou seja, à medida que os valores constitucionalmente assegurados não sejam ameaçados, o Estado não deve restringir a liberdade dos agentes econômicos e, caso seja necessário, deve fazê-lo da maneira menos restritiva possível.

Tal princípio equivale a uma tendência de diminuição da máquina administrativa, transmitindo a terceiros atribuições diversas dos principais propósitos naturais do Estado e até mesmo algumas eventualmente onerosas para a execução estatal.

De todo modo, Pessoa observa que a CF/88 possibilita a intervenção do Estado na economia, ainda que de forma subsidiária. Em sua opinião:

“[...] Esta intervenção, não somente como simples ‘agente regulador’, mas também como ‘agente econômico’, é não só permitida mas, em muitos casos, devida,

podendo-se mesmo falar da garantia constitucional da existência de um 'setor público' em coexistência com um 'setor privado', em determinadas esferas econômicas, como no caso da área financeira, por exemplo.

Nesse sentido, a Constituição Federal não determina os setores nos quais o Estado deve intervir. Ela simplesmente habilita o legislador ordinário a definir os setores nos quais tal atividade deve forçosamente existir, sempre que um 'relevante interesse coletivo' assim o exigir." (PESSOA, 2006, p. 311)

Em suma, no atual molde constitucional, a atividade econômica pública é subsidiária da iniciativa privada. Por tal princípio, o Estado deve se privar de criar empresas para concorrer com o setor privado fora das hipóteses de segurança nacional e relevante interesse coletivo.

3.3.3 Imperativos de Segurança Nacional e Relevante Interesse Coletivo

Dentre os preceitos aplicáveis às empresas estatais, o de segurança nacional talvez seja o de mais difícil conceituação, haja vista que a literatura sobre o tema é parca e, quando extraordinariamente aborda tal questão, o faz de forma reflexa.

Um dos poucos autores a se debruçar sobre a matéria, Lazzarini (2003, p. 142) apresenta o conceito atual da Escola Superior de Guerra, no sentido de que segurança nacional é, para a nação, a garantia, relativa, de que seus objetivos permanentes estão sendo alcançados e preservados, face à sua capacidade, atual e potencial, de superar quaisquer ameaças a esses objetivos.

O autor conclui que a referência expressa ao conceito de segurança nacional na CF/88 no título que trata da ordem econômica e financeira leva ao entendimento de que:

"[...] a segurança nacional se refere à soberania nacional no sentido de proteção das áreas econômicas, cuja reserva deve ficar a cargo do Estado como garantia de soberania da nação brasileira, impedindo que caiam em mãos de particulares que poderiam repassá-las a estrangeiros, não existindo aí o enfoque da ordem política ou da ordem pública, mas essencialmente o enfoque da ordem econômica." (LAZZARINI, 2003, p. 141)

Portanto, sob o ponto de vista de uma das duas hipóteses permissivas de intervenção concorrencial do Estado na economia, qual seja, a segurança nacional, a lei que cria empresa estatal exploradora de atividade econômica deve identificar, claramente, qual área econômica se deseja proteger e/ou reservar e de que forma sua não preservação poderia afetar e/ou ameaçar a soberania da nação brasileira.

O outro pressuposto que autoriza a participação estatal na economia, o relevante interesse coletivo, requer cuidado na sua conceituação.

De início, não se pode crer que o conceito de interesse coletivo, inserto no art. 173 da CF/88, guarde relação com aquele adotado no campo do direito civil, segundo o qual os interesses coletivos são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo,

categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base, conforme definido no Código de Defesa do Consumidor. Não! É certo que o Constituinte não teve a intenção de se referir a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis, mas sim a um relevante interesse da coletividade.

Adota-se, portanto, a teoria exposta por Bacellar Filho (2007), que, segundo o autor, é a que mais tem influenciado os administrativistas pátrios, no sentido de que os interesses dos quais a Administração deve buscar a satisfação são os interesses da coletividade, entendidos como interesse público primário. Os demais interesses, como os do próprio aparato administrativo e a realização de lucro, dentre outros, são interesses públicos secundários.

O autor infere que a peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside justamente nisto: a sua função consiste na realização do interesse coletivo (público primário). Com isso, resta fixada a subordinação dos interesses secundários ao interesse da Administração enquanto representante da coletividade. Por último, Bacellar Filho aduz que o interesse público não é nem a soma dos interesses individuais nem a expressão média dos interesses indivisíveis de um grupo.

Idêntica posição é seguida por Di Pietro (2001, pp. 209/231), ao ressaltar que o interesse público não se confunde com o interesse da Administração Pública, tampouco com o interesse da totalidade dos cidadãos que compõem uma determinada sociedade, uma vez que os interesses são, em regra, conflitantes. Destarte, o interesse público, em sentido amplo, constitui o gênero que compreende várias espécies.

Embora exista uma corrente doutrinária que defende não ser possível adotar uma concepção hegemônica de interesse público, Di Pietro continua sustentando que tal princípio constitui, sem dúvida alguma, um dos alicerces de todo o direito público e, conseqüentemente, também do direito administrativo.

A autora explica que o direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: liberdade dos indivíduos e satisfação dos interesses públicos. Para assegurar-se a proteção aos direitos individuais, o Estado se sujeita à observância da lei: é a aplicação do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios: é a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Enfim, a autora destaca que o interesse público está presente tanto no momento de elaboração da lei, como no da sua execução em concreto pela Administração Pública. Tal princípio inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

Para Moreira Neto, a leitura do art. 173 da CF/88 pode dar azo a uma enganosa aparência de discricionariedade. Segundo o autor:

“[...] o adequado entendimento sistemático da expressão permissiva utilizada pela Constituição, ‘conforme definido em lei’, é de que o legislador ordinário deverá sempre preencher, motivadamente, as condições definitórias dos dois conceitos indeterminados balizadores da intervenção: a segurança nacional e o relevante interesse coletivo. [...]

Com efeito, as exigências constitucionais de definição de motivos, que se enquadrem nos permissivos de excepcionalidade para que se admita a exploração econômica por atividade empresarial do Estado - a segurança nacional e o relevante interesse coletivo - não devem apenas estar invocadas, mas efetivamente existirem. Não há discricionariedade legislativa para fantasiar hipóteses de segurança nacional e de relevante interesse coletivo, mas, tão somente, para identificá-las, quando realmente existam.” (MOREIRA NETO, 2005, p. 478)

O autor conclui que a rigorosa aplicação desse dispositivo obriga a União a rever, um por um, os fundamentos jurídicos de suas empresas estatais e, fazendo-o, encontrar-se-ão muitas delas concorrendo inconstitucionalmente em atividades econômicas reservadas ao setor privado, nos mais diversos setores.

Por fim, interessante trazer o posicionamento de Souto (2003, pp. 86/87), para quem os conceitos de imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo são juridicamente indeterminados, dificultando a aplicação da regra. O autor firma posição no sentido de que uma lei complementar deve estabelecer um método que vincule a criação de empresas estatais ao planejamento econômico exigido pelo art. 174 da CF/88, determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, envolvendo um diagnóstico das carências e interesses da sociedade, bem como a previsão das ações a serem implantadas pelo governo. Dessa forma, somente se o setor privado não se interessar pelo setor previsto no plano como indispensável é que o Estado está autorizado a explorar tal atividade econômica, diante dos princípios da livre iniciativa, subsidiariedade, imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo.

4 Organização do Estado e Empresas Estatais Dependentes

4.1 Empresas Estatais Dependentes

A primeira relevante distinção entre as empresas estatais em geral surgiu no âmbito da Emenda Constitucional nº 19/98, quando foi positivada a ideia de que algumas empresas estatais recebem recursos para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral, a teor do art. 37, § 9º, da CF/88.

Nessa esteira, a Lei Complementar nº 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), ao estabelecer um conjunto de regras favoráveis à gestão e administração fiscal responsável, introduziu o conceito de empresa estatal dependente da seguinte forma:

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: [...]

III - empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária;”

Motta (2002) esclarece que a exclusão dos recursos a título de aumento de capital se deve ao fato de que a oneração do erário, eventualmente ocorrida no momento do repasse dos recursos, não se evidencia ao final da operação, uma vez que o ente receberá, da empresa estatal, pagamento dos recursos repassados, sob a forma de conversão em ações da sociedade. Destarte, se os recursos recebidos pela empresa estatal não vierem a onerar o ente controlador de forma definitiva, aquela não será tecnicamente enquadrada como dependente, mas apenas como beneficiária de repasses sujeitos a futura compensação.

No plano infralegal federal, a Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda, na condição de órgão central de contabilidade da União, editou a Portaria-STN nº 589/2001, na qual esmiúça o conceito de empresa estatal dependente nas contas públicas, introduzindo dois critérios, um temporal e um contábil. O primeiro critério adicionado - temporal - ajuda a determinar quando uma estatal dependente pode deixar de ser assim considerada; o segundo critério - contábil - resolve o problema da escrituração das empresas estatais dependentes nas contas públicas.

Segundo tal normativo, será classificada como empresa estatal dependente aquela que perfaça, cumulativamente, as seguintes condições:

- que seja controlada pelo ente público, ou seja, cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, ao ente;
- que, no exercício anterior, tenha recebido recursos financeiros de seu controlador, destinados ao pagamento de despesas com pessoal, de custeio em geral ou de capital, excluídos, neste último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária;
- que, no exercício corrente, tenha autorização orçamentária para recebimento de recursos financeiros com idêntica finalidade; e
- que receba subvenção econômica da entidade controladora, assim considerados os recursos destinados à cobertura de déficits, os quais devem ser alocados diretamente no orçamento da empresa beneficiária, nos termos da Portaria-STN/SOF nº 163/2001.

A partir de 2003, por força do art. 4º, parágrafo único, da citada Portaria, as empresas estatais dependentes passaram a ser incluídas nos orçamentos fiscal e da seguridade social, observando toda a legislação pertinente aplicável às demais entidades, submetendo-se, assim, aos ditames da contabilidade pública (Lei nº 4.320/64) e da LRF, além daqueles que são determinados pela legislação empresarial (Lei nº 6.404/76).

Embora a distinção entre empresas prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica ainda seja utilizada por parte da doutrina e da jurisprudência para propósitos diversos dos aqui estudados, é certo que a LRF, ao cuidar das estatais dependentes, não considerou significativa tal separação.

Marques Neto (2006, pp. 580/581) infere que é irrelevante dividir a atuação do Estado no domínio econômico entre aquela atinente aos serviços públicos e aquela outra relativa às atividades rigorosamente econômicas. Na mesma linha, Furtado (2007, pp. 210/212) afirma que serviço público e atividade empresarial não são medidas opostas ou incompatíveis.

Para ambos os autores, mais importante é verificar a existência de competição entre a empresa estatal e o setor privado, em outras palavras, se a participação concorrencial do Estado na economia ocorre em atendimento ao disposto no art. 173 da CF/88, isto porque tanto tarefas públicas quanto atividades rigorosamente econômicas podem ser exploradas seja em regime de competição seja em regime de exclusividade.

Em resumo, é classificada como estatal dependente a entidade suprida por seu ente controlador, cujo suprimento é vital para o sustento da empresa, que não é capaz de se manter independentemente com os recursos por ela produzidos. A dependência em relação ao Tesouro caracteriza-se por repasses recorrentes e de natureza orçamentária.

Segundo a última informação publicada em 4 de janeiro de 2010 pelo Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão responsável pelo acompanhamento econômico-financeiro das empresas estatais federais, existem atualmente dezesseis empresas estatais federais dependentes do Tesouro Nacional.

4.2 Problemas Relacionados à Situação de Dependência

Os mecanismos de controle das contas públicas previstos na LRF não incidem sobre as empresas estatais independentes, ou seja, aquelas que angariam o necessário para sua própria manutenção, ainda que, para tanto, comercializem bens ou prestem serviços ao ente controlador.

Isto não significa que essas entidades estejam isentas da influência do direito público. Sendo entidades instituídas com o objetivo de atender a uma finalidade pública, estão sujeitas aos mecanismos de controle e fiscalização típicos do poder público.

A atuação de todas as empresas estatais federais é atrelada aos princípios constitucionais estipulados para a Administração Pública em geral (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, legitimidade e economicidade), bem como a outros princípios relacionados à ordem econômica e financeira (livre iniciativa, subsidiariedade, imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo).

Contudo, embora alguns de seus aspectos permaneçam sendo regulados pelo direito público, as empresas estatais independentes do Tesouro têm a prerrogativa de administrar livremente os recursos provenientes da produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços no mercado, dispensando os artigos de proteção fiscal estabelecidos pela LRF.

Já as empresas estatais dependentes não buscam no mercado os recursos necessários à sua sobrevivência e vivem à custa do erário. Por isso, subjugam-se a todo tipo de restrição fiscal descrita na LRF a que, comumente, estão subordinados os órgãos e entes públicos da União. Dentre as reservas existentes, podem ser destacadas as limitações quanto à geração de despesas, incluindo aquelas com pessoal e seguridade social, e ao endividamento, inclusive em relação à realização de operações de crédito.

Tais restrições representam grande óbice à atuação das empresas deficitárias, o que não acontece com as empresas autossuficientes. Dessa forma, as empresas estatais dependentes são vistas de acordo com as mesmas normas que se impõem sobre a Administração Direta, autárquica e fundacional (arts. 1º, § 3º, inciso I, alínea “b”, 35, *caput*, e 50, inciso III, da LRF). Por outro lado, as empresas que independem de recursos do Tesouro estão fora dos rigores do controle fiscal, submetendo-se, de todo modo, aos preceitos constitucionais de controle estatal.

Ao lado das restrições impostas pela LRF às empresas estatais dependentes, sobrevém outro problema. Embora já tenha sido afirmado que a realização de lucro seja um interesse público secundário, subordinado ao interesse da Administração enquanto representante da coletividade (interesse público primário), não se pode olvidar que as empresas estatais devem operar com eficiência e economicidade (arts. 37 e 70 da CF/88), com o fito de impedir que sua atuação sujeite os cofres públicos a indevido ônus.

Ocorre que a condição de dependência indica, sob o ponto de vista da eficiência, que os resultados alcançados em termos de contenção de despesas não estão sendo

satisfatórios, e, sob o enfoque da economicidade, que os meios econômicos (recursos públicos) aplicados não estão adequados à finalidade primária destas entidades.

As empresas estatais somente deveriam receber recursos da União a título de investimento (art. 165, § 5º, inciso II, da CF/88), a fim de expandir seus campos de atuação, e não para remediar insuficiência gerencial. Ora, não é razoável conferir autonomia a uma entidade se ela não consegue sobreviver apenas com os rendimentos de suas atividades. A ideia de autonomia traz ínsita a obrigação de receitas próprias recebidas no exercício da atividade autônoma. O caso de empresa estatal custeada pelo Tesouro, portanto dependente, equivale à negação da noção de autonomia.

As empresas estatais deficitárias apresentam um nível de dívida que não se harmoniza com suas possibilidades de faturamento, denotando uma inconveniente participação do Estado na economia, ao assumir compromissos e prejuízos financeiros dessas empresas, em tudo oposto aos ditames da CF/88 e da LRF. Ou seja, a um só tempo afeta-se não apenas a finalidade almejada pela entidade, mas, também e conseqüentemente, sua própria existência.

A posição de dependência dá azo ainda a outros desvios, uma vez que favorece ingerência política e gestões incompetentes, servindo de base para um círculo vicioso que desfavorece o alcance das metas de transparência, de indicadores fiscais equilibrados e, por conseguinte, do interesse público.

Assim, é possível concluir que a existência de empresas estatais dependentes configura uma anomalia na estrutura da Administração Pública. De uma parte, elas não gozam de todas as regalias proporcionais à ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de que são merecedoras as empresas estatais autossuficientes. De outra, a situação de dependência em relação ao Tesouro indica falta de eficiência e economicidade, não desonera o erário e continua dificultando o combate ao déficit orçamentário almejado pela LRF.

Toda essa conjuntura representa um grande obstáculo no sentido de avaliar e julgar a atuação das empresas estatais dependentes. Daí a necessidade de que tais empresas sejam efetivamente conformadas aos ditames constitucionais.

4.3 Recaptura, Manutenção ou Desestatização das Empresas Estatais Dependentes

O ordenamento institucional do Estado brasileiro deve preocupar-se com a redução do gasto governamental e com o controle do déficit público para que o Estado seja

capaz de atuar rápida e proficuamente na solução de problemas e no atendimento às demandas da sociedade. Tal finalidade requer uma Administração Pública estruturada e organizada de maneira adequada e proporcional ao que a sociedade espera do Estado brasileiro.

Cumpra, pois, que se verifique a necessidade de: (i) promover a recaptura de suas atividades por órgãos do setor público da Administração Direta ou Indireta (autarquias), conforme o caso, na hipótese de executarem atividades típicas da Administração; (ii) mantê-las como empresas estatais e ajustá-las, para que atendam de forma mais satisfatória seus propósitos; ou (iii) retirá-las da pertença do Estado (ou seja, desestatizá-las), se estiverem sem o legítimo amparo constitucional.

4.3.1 Recaptura pelo Setor Público Estatal

Se por um lado, o histórico das empresas estatais demonstra que houve uma fuga do Estado para o direito privado, por outro, a CF/88 representou uma tentativa de recapturar tais entidades pelo setor público no âmbito estatal. Tal é o entendimento de Marques Neto (2006, pp. 578/579).

Tal entendimento está em linha com o conceito de republicização do Estado, defendido por Moreira Neto (2005, p. 532), para quem o poder público esteve perdendo sua legitimidade na área econômica e desordenando sua finalidade pública, ao pretender conciliar suas ações de governo com interesses públicos secundários e até mesmo com interesses privados enquanto empresário, estes com os agravantes de lhe serem inadequados e de desvirtuarem sua atuação na consecução do interesse público primário.

Terminologicamente, prefere-se a adoção do termo recaptura pelo setor público estatal para que não haja confusão com o conceito de publicização contido na Lei nº 9.637/98, que trata da extinção de órgãos e entidades federais e da qualificação como organizações sociais de pessoas jurídicas de direito privado, cujas atividades sejam dirigidas a funções consideradas não-exclusivas do Estado.

O primeiro critério, portanto, a ser observado para corrigir a anomalia das estatais dependentes diz respeito à atividade desempenhada pela entidade. Se a empresa deficitária exerce, no todo ou em parte, atividade típica do Estado, ela deve ser, na mesma medida, recapturada pelo setor público estatal.

Não há justificativa para que as estatais dependentes atuem como simples órgãos administrativos. Atividades relacionadas à gestão de políticas públicas, como desenvolvimento regional, agricultura e abastecimento, por exemplo, não podem ser conduzidas por entidades privadas.

Funções típicas do Estado devem, *a priori*, ser desempenhadas dentro do núcleo do governo, pela Administração Direta, com grande economia de recursos materiais e técnicos. Caso tais atividades requeiram gestão administrativa e financeira descentralizada para seu melhor funcionamento, o único ente da Administração Indireta apta a executá-las é a autarquia, nos termos do art. 5º, inciso I, do Decreto-Lei nº 200/67.

4.3.2 Manutenção ou Desestatização da Empresa Estatal Dependente

Satisfeito o critério da atividade, ou seja, visto que a empresa dependente não executa serviços essenciais ou atividades típicas do governo, hipótese em que deverá ser recapturada pelo setor público estatal, deve-se perquirir se a exploração da atividade econômica realizada pela mesma está em sintonia com o art. 173 da CF/88.

Caso a atuação das estatais dependentes se dê sob alguma das ressalvas previstas na CF/88, ou então seja caracterizada como necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, deve-se reconhecer que as empresas deficitárias encontram amparo constitucional.

Pertinente lembrar que tal caracterização deve ser preenchida motivadamente e não estar apenas invocada, ou seja, deve efetivamente existir e não ser fantasiada, uma vez que não há discricionariedade para a Administração Pública definir toda e qualquer matéria como de segurança nacional ou interesse da coletividade.

Nestas circunstâncias, tais entidades devem ajustar-se no âmbito financeiro e operacional, com o fito de que elas superem a situação de dependência, alcancem a autossuficiência, sejam geridas com competência e deixem de onerar o erário.

O contrato de gestão, previsto no art. 37, § 8º, da CF/88, e no art. 47 da LRF, parece ser o mecanismo ideal para que a empresa estatal suplante a condição de dependência, uma vez que as beneficiariam com a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira para a busca de eficiência e economicidade em troca do compromisso com metas de desempenho e critérios de avaliação bem delineados.

Enfim, pode ocorrer que a atuação da estatal dependente esteja fora dos parâmetros permitidos pela ordem constitucional.

Acolhe-se, nesse momento, o entendimento de Souto (2003, p. 147), segundo o qual desestatização é a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência. Para tanto, podem e devem ser usadas as mais diversas ferramentas, como desburocratização, regulação, privatização (e suas várias modalidades), delegação (mediante

autorização, concessão ou permissão), terceirização, gestão associada de funções públicas (consórcios públicos e convênios de cooperação entre os entes federados), extinção/liquidação (com a prévia dissolução da empresa estatal), dentre outros instrumentos.

A desestatização permite a correção de disfunção existente na organização da Administração Pública brasileira, a fim de atender à opção constitucional do país por uma ordem econômica fundada na livre iniciativa. Deve ocorrer em áreas onde o setor privado tem condições de assumir a produção ou comercialização de bens ou a prestação de serviços realizados pelas estatais dependentes que atuam sem o devido amparo constitucional. A partir daí, o Estado deve atuar na ordem econômica fazendo uso de outras instituições interventivas, como as regulatórias e as sancionatórias.

É imprescindível repelir a atuação estatal imprópria, principalmente daquelas entidades que se encontram em situação de dependência em relação ao Tesouro Nacional, a fim de que se cumpram os ditames da CF/88 e da LRF, tais como a livre iniciativa, a subsidiariedade, a transparência, o equilíbrio fiscal e, principalmente, o interesse público.

Os critérios acima alinhavados podem, de uma forma geral, ser observados por todas as empresas estatais. Ocorre que, devido à anomalia que representa a dependência destas entidades, urge que tais critérios sejam aplicados às empresas estatais recorrentemente deficitárias.

5 Conclusão

A atuação subsidiária do Estado na economia faz-se por meio das empresas estatais, entidades da Administração Indireta dotadas de personalidade jurídica de direito privado, constituídas a partir do instituto da descentralização. Tal opção tem o objetivo de dotar o Estado com organizações funcionalmente mais ágeis a fim de dar pronto atendimento a determinadas necessidades de interesse público.

Ocorre que, devido a razões ligadas ao esgotamento do modelo de financiamento, dentre as quais o alto endividamento e a redução real das receitas operacionais, até motivos políticos dissociados da busca da eficiência nas empresas estatais, provocaram o surgimento de entidades que recebem do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas.

Na década de 1980, com a retomada da democracia e a promulgação da CF/88, ganhou destaque a discussão sobre o novo papel do Estado e sobre a necessidade de ajustar seu tamanho, haja vista o elevado grau de intervencionismo até então praticado.

Embora o atual texto constitucional tenha salientado a intervenção indireta do Estado como agente regulador e sancionador, manteve-se ainda a possibilidade de exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173), permitida nos casos ressalvados pela própria CF/88 (arts. 21, incisos X, XI, XII e XXIII, 175 e 177) e quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Além dos princípios constitucionais estipulados para toda a Administração Pública (arts. 37 e 70 da CF/88), a intervenção concorrencial (ou por participação) do Estado na economia está atrelada, principalmente, aos preceitos de livre iniciativa, subsidiariedade, segurança nacional e relevante interesse coletivo.

Com o advento da LRF, aprofundou-se a distinção entre as empresas estatais federais, sendo classificada como dependente a empresa controlada que recebe do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária, conceito esmiuçado pela Portaria-STN nº 589/2001, que introduziu um critério temporal e outro contábil.

Segundo o Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão responsável pelo acompanhamento econômico-financeiro das empresas estatais federais, existem atualmente dezesseis empresas estatais federais dependentes do Tesouro Nacional.

A existência dessas empresas estatais dependentes configura uma anomalia na estrutura da Administração Pública. De uma parte, elas não gozam de todas as regalias proporcionais à ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de que são merecedoras as empresas estatais autossuficientes. De outra, a situação de dependência em relação ao Tesouro indica falta de eficiência e economicidade, não desonera o erário e continua dificultando a transparência e o equilíbrio das contas públicas almejados pela LRF. Daí a necessidade de que tais empresas sejam efetivamente conformadas aos ditames constitucionais.

Cumprido, pois, que se verifique a necessidade de: (i) promover a recaptura de suas atividades por órgãos do setor público da Administração Direta ou Indireta (autarquias), conforme o caso, na hipótese de executarem atividades típicas da Administração; (ii) mantê-las como empresas estatais e ajustá-las por meio de contratos de gestão, para que atendam de forma mais satisfatória seus propósitos; ou (iii) retirá-las da pertença do Estado (ou seja, desestatizá-las), se estiverem sem o legítimo amparo constitucional.

6 Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito público e direito privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CAMARGO, Sérgio Alexandre. Tipos de estatais. *In*: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). **Direito administrativo empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GIAMBIAGI, Fabio. **Finanças públicas**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- LAZZARINI, Álvaro. **Temas de direito administrativo**. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. *In*: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). **Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Classificação de empresa estatal na Lei de Responsabilidade Fiscal. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, n. 1, 2002, p. 53.
- PESSOA, Robertônio. Administração pública indireta. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- SARAVIA, Enrique. **Estado e empresas estatais - criação e crescimento: o papel das empresas estatais como instrumento de política pública**. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2004.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAVARES, André Ramos. A intervenção do Estado no domínio econômico. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.