

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Henrique Motta Pinto

Empresa estatal: modelo jurídico em crise?

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Henrique Motta Pinto

Empresa estatal: modelo jurídico em crise?

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em DIREITO DO ESTADO, sob a orientação do Prof. Doutor Carlos Ari Sunfeld.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

*Dedico este trabalho
a minha mãe, Maria Aparecida
e
ao meu pai, José Henrique,
com um agradecimento risonho e carinhoso por tudo que me propiciaram.*

*Todas as escolhas que fiz refletem a admiração que tenho
pela vida que cada um de vocês construiu.*

Resumo

Título do trabalho:

Empresa estatal: modelo jurídico em crise?

Autor:

Henrique Motta Pinto

A pesquisa tem o objetivo de investigar o regime jurídico das empresas estatais a partir da indagação: o modelo jurídico representado pelas empresas controladas pelo Estado está em crise? Para isso, propõe a identificação e a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre as normas próprias das empresas estatais. A pesquisa identifica o modelo jurídico da empresa estatal como aquele em que o Estado usa a personalidade de direito privado, na forma de sociedade, com a finalidade de desenvolver ação governamental. Foi possível concluir que o modelo jurídico da empresa estatal vem sendo preservado pelo STF quando julga as normas próprias das empresas estatais, exceto quando concede privilégios para as empresas estatais de serviços públicos. A partir da análise dos privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca, constatou-se que o STF deu início a um momento de crise no modelo jurídico da empresa estatal, com a transformação parcial do regime jurídico das estatais de serviços públicos no de uma pessoa de direito público. A pesquisa analisa as alternativas e realiza propostas para a superação da crise constatada.

Palavras-chave: organização administrativa; empresas estatais; empresa pública; sociedade de economia mista; regime jurídico; normas próprias; privilégios; autarquização; modelo jurídico; crise; jurisprudência; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

Title:

State-owned enterprise: crisis on the juridical model?

Author:

Henrique Motta Pinto

The research's objective is to investigate the regulation of state-owned enterprises moved by a central question: the juridical model represented by enterprises that are controlled by the State is in crisis? For that, proposes an identification and the analysis of the decisions of Brazil's Federal Supreme Court ("Supremo Tribunal Federal") on the own norms of state-owned enterprises. The research identifies the juridical model of state-owned enterprise as that in which the State uses the private law personality, in the form of a company, with the purpose to develop governamental action. It was possible to conclude that the juridical model of state-owned enterprise has been preserved by the Brazil's Federal Supreme Court when the own norms of state-owned enterprises are judged, except when the court grant privileges for state-owned enterprises that offers public utilities. Analizing privileges of unpledgedity of property and of reciprocal tributary immunity, the reseach discovered that the court has initiated a moment of crisis on the juridical model of state-owned enterprise, having transformed a part of the regulation of state-owned enterprises in to a regulation of a public law person. The research analyses the alternatives and creates propositions in order to overcome the crisis that has been verified.

Key-words: administrative arrangement; state-owned enterprises; public enterprises; regulation; own norms; privileges; juridical model; crisis; decisions of Brazil's Federal Supreme Court.

Sumário

I - Introdução	9
<i>I.1) Empresa estatal: modelo jurídico em crise?</i>	9
<i>I.2) Método de pesquisa jurisprudencial e de seleção de julgados paradigmáticos</i>	20
<i>I.3) Método de análise de jurisprudência</i>	21
<i>I.4) O que os tribunais fazem diante de um privilégio?</i>	24
II – Regime jurídico das empresas estatais: como identificá-lo?	27
<i>II.1) A complexidade do regime jurídico das empresas estatais</i>	27
<i>II.2) Distinções: doutrinárias e normativas</i>	30
<i>II.3) Regime jurídico das empresas estatais: peculiaridades, limitações e privilégios</i>	38
<i>II.3.1) As peculiaridades</i>	45
<i>II.3.2) As limitações</i>	47
<i>II.3.3) Os privilégios</i>	72
III – A proibição aos privilégios das empresas estatais de atividade econômica na Constituição Federal de 1988	79
<i>III.1) A proibição de privilégios para as empresas estatais</i>	79
<i>III.2) A proibição de privilégios para as empresas estatais de atividade econômica, segundo a doutrina</i>	81
<i>III.3) A proibição de privilégios para as empresas estatais de atividade econômica, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>	87
<i>III.4) A exceção constitucional à proibição de privilégios das empresas estatais de atividade econômica</i>	94
IV – O regime constitucional e necessário de privilégios das empresas estatais de serviços públicos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	108
<i>IV.1) A inaplicabilidade da norma proibitiva de privilégios para as empresas estatais de serviços públicos, segundo a doutrina</i>	108
<i>IV.2) A afirmação de privilégios para as empresas estatais de serviço público a partir da extensão de prerrogativas do Estado, promovida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>	111
<i>a) Impenhorabilidade de bens</i>	112
<i>a.1) A impenhorabilidade de bens como privilégio</i>	112
<i>a.2) O Caso ECT (2000)</i>	114
<i>a.3) O Caso Metrô-SP (2005)</i>	119

<i>a.4) O Caso SANED-Diadema (2006)</i>	122
<i>a.5) O Caso CASAL-AL (2007)</i>	123
<i>a.6) O Caso ELETRONORTE (2008)</i>	124
<i>a.7) O Caso EMDUR-Porto Velho (2008)</i>	125
<i>a.8) O Caso CEHOP-SE (2008)</i>	126
<i>a.9) O Caso CARHP-AL (2009)</i>	126
<i>a.10) O Caso CASAL-AL (2009)</i>	127
<i>a.11) O Caso EBD A-BA (2009)</i>	129
<i>a.12) Análise do privilégio na jurisprudência do STF</i>	129
<i>b) Imunidade tributária recíproca</i>	137
<i>b.1) A imunidade tributária recíproca como privilégio</i>	137
<i>b.2) O Caso ECT (2004)</i>	141
<i>b.3) O Caso CAERD-RO (2007)</i>	149
<i>b.4) O Caso INFRAERO (2007)</i>	151
<i>b.5) O Caso dos hospitais federais (2008)</i>	153
<i>b.6) O Caso Casa da Moeda do Brasil (2009)</i>	154
<i>b.7) O Caso COHAB-AC (2009)</i>	155
<i>b.8) Análise do privilégio na jurisprudência do STF</i>	156
<i>IV.3) A ideia subjacente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: as empresas estatais de serviços públicos têm direito às prerrogativas do Estado</i>	161
<i>IV.4) Para o Supremo Tribunal Federal, empresa estatal de serviço público não é empresa</i> ..	167
<i>IV.5) A pretexto de defender o serviço público, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal protege as empresas estatais prestadoras de serviço público</i>	171
<i>IV.6) O Supremo Tribunal Federal vem concedendo privilégios para as empresas estatais de serviços públicos sem amparo constitucional</i>	175
<i>IV.7) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal prejudica o uso da forma empresarial pelo Estado para a prestação de serviços públicos</i>	180
V – Conclusão	187
Bibliografia	195

I – Introdução

Este capítulo apresenta o problema da pesquisa e, simultaneamente, os resultados por ela obtidos. São expostos os métodos de pesquisa jurisprudencial, de seleção de julgados paradigmáticos e de análise de jurisprudência. Por fim, é fixada uma nomenclatura específica da pesquisa para se referir aos atos do poder judiciário diante dos privilégios das empresas estatais.

1.1) Empresa estatal: modelo jurídico em crise?

A pesquisa propõe a investigação do regime jurídico das empresas estatais a partir de uma indagação central: o modelo jurídico representado pelas empresas controladas pelo Estado está em crise? A questão, feita com o propósito de estimular reflexões, busca lançar luz sobre um sério problema, recentemente criado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O modelo jurídico da empresa estatal pode ser visto como aquele em que há a utilização de um regime jurídico de direito privado, escolhido pelo Estado para ser predominante na disciplina da vida de uma entidade sua, com a finalidade de desenvolver ação governamental. Ao criar uma entidade como pessoa de direito privado, na forma de sociedade, o Estado a submete a um regime jurídico em que predomina o direito privado. Sua opção pelo formato empresarial contém, em si, o juízo de que esse é o melhor meio para o cumprimento da finalidade almejada, para a qual se reconhece um interesse público ou coletivo. A entidade concebida pelo Estado ganha dele uma missão, a qual lhe caberá perseguir na condição de empresa.

Desse modo, quando recorre ao formato empresarial para a organizar a vida de uma entidade sua, o Estado vai buscá-lo na experiência do setor privado. Interessado na técnica empresarial por suas virtudes, o Estado a incorpora para certas entidades suas, compreendendo que ela será útil para o cumprimento de atribuições que o ordenamento jurídico lhe reservou. Como fenômeno de origem externa ao setor público, a empresa possui seu regime jurídico formado principalmente por normas de direito privado, que disciplinam sua organização e atuação no contexto do setor privado da economia. Quando o formato empresarial passa a ser usado pelo Estado, o regime jurídico empresarial é adotado para a regência da vida da nova entidade.

Assim, o ato de criação de uma empresa estatal importa na sua submissão a normas comuns, típicas do direito privado e aplicáveis tanto a elas quanto às empresas

do setor privado. Tais normas são *comuns* não só por se aplicarem simultaneamente às empresas do setor privado e às estatais, mas também porque perfazem um conjunto de regras ordinárias, habituais, normais da organização da sociedade e geralmente aplicáveis às relações entre as pessoas em geral. Esse conjunto de regras usuais pode ser identificado, grosso modo, como o direito privado, especialmente se a ele se opuser o conjunto de regras formadoras do direito público. Essas exorbitam aquelas, porque aplicáveis a relações jurídicas um tanto mais específicas e diferenciadas.¹

Ao recorrer a normas comuns para reger a vida de uma entidade sua, o Estado faz uma escolha pelo regime jurídico básico de direito privado. Ao invés de criá-la como pessoa de direito público, para quem o regime jurídico básico seria o de direito público, o Estado opta por empregar a forma de sociedade, própria do direito privado, atraindo a incidência de um complexo normativo típico do universo empresarial. O Estado se submete, então, às normas comuns da sociedade, abdicando de parte do

¹ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ao distinguir o direito público do direito privado, diferencia as espécies normativas respectivas: “*As normas jurídicas que organizam o Estado-poder e regulam sua ação* – seja em relação com outros Estados, seja em relação com a própria entidade, através dos seus órgãos, ou com outras pessoas, que receberam o encargo de fazer as suas vezes, ou mesmo com terceiros, particulares, no Estado-sociedade, a fim de realizar o objetivo deste – *são de valor social diferente das normas jurídicas prescritas para reger as relações dos particulares, entre si, ou das comunidades por eles formadas*. Isso se explica porque ordenam institutos jurídicos para o Estado-poder alcançar o bem comum dos indivíduos coletivamente considerados, como elementos do Estado-sociedade, como participantes de um todo político. Não se confundem com os oferecidos aos particulares para alcançarem imediatamente seu bem individual, de cada qual isoladamente considerado, nas suas relações recíprocas. Fundamentam, destarte, a distinção do direito em dois ramos distintos: público e privado. O direito, embora uno, vem sendo considerado desde os tempos dos romanos sob esses dois aspectos fundamentais. O primeiro relativo às normas que regulam o Estado-poder, enquanto independente na ordem externa e soberano a ordem interna, e às relações jurídicas conseqüentes por ele formadas; o último relativo às normas que regulam as atividades dos particulares e as relações jurídicas conseqüentes por eles formadas. A diversidade dos interesses ou bens encerra a razão política da distinção; já, a circunstância de se tratar de normas pertinentes ao Estado, enquanto Poder Público, ou de relações formadas como tais, e de normas pertinentes aos particulares, e de relações formadas como tais, focaliza a natureza jurídica da distinção. (...) *Em conclusão, de direito público são as normas e relações jurídicas que regulam a organização e a ação do Estado-poder, enquanto tal; e de direito privado as que regulam a existência e a atividade dos particulares, no seu recíproco convívio social* (...) Afinal, não só razões pedagógicas e políticas explicam a distinção do direito em público e privado. Ela se afirma pela finalidade das normas, que fazem partícipe sempre das relações jurídicas de direito público o Estado, a fim de realizar a razão de sua existência; e, como está em jogo o bem comum, de maior relevo que o bem particular, vale-se de técnica peculiar para assegurá-lo. Essa técnica própria das instituições desse ramo jurídico é, em princípio, desnecessária nas relações entre particulares, de direito privado, cujo bem é individual e igual, e nas relações em que o Estado, equiparando-se aos particulares, vincula-se através de regime próprio das instituições privadas. Tem fundamento não só histórico, já salientado, como científico, pela diversidade dos institutos jurídicos regulados por essas normas. As prerrogativas especiais do direito público são estranhas a objetivos autocráticos, e se impõem pela natureza das funções do Estado – pessoa independente na ordem internacional e soberana na ordem interna – e dos fins por ele colimados, e elas só excepcionalmente se reconhecem aos particulares nas suas relações recíprocas.” (*Princípios gerais de direito administrativo. Volume I – Introdução*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 2007; págs. 39, 40, 42, 45 e 46, grifei).

conjunto normativo que poderia aplicar se optasse por criar uma pessoa de direito público.²

A submissão da nova entidade estatal a um regime jurídico em que predominam os traços de direito privado não impede que sobre ela incidam normas próprias, que não recaem sobre as empresas do setor privado. Por pertencerem ao Estado, as empresas estatais ficam sujeitas ao influxo de normas de tais normas próprias, que excepcionam as normas de direito privado para conformar o regime jurídico das empresas estatais. As normas próprias são de três espécies, conforme sejam neutras, restritivas ou vantajosas diante das normas excepcionadas: são as peculiaridades, as limitações e os privilégios das empresas estatais. O conjunto específico de normas incidente sobre as empresas estatais é assim formado pela conjunção de normas comuns (aplicáveis às empresas em geral) e normas próprias (aplicáveis só das estatais). Esse conjunto normativo particulariza as empresas estatais como fenômeno jurídico autônomo e as diferencia, pelo lado do Estado, das demais entidades estatais, e, pelo lado do universo empresarial, das empresas do setor privado.

A existência de normas próprias no regime jurídico das empresas estatais, que excepcionam o regime jurídico empresarial que lhes foi adotado, levanta problemas que demandam atenção de quem investiga o fenômeno das empresas controladas pelo Estado. Há um risco permanente de crise no modelo jurídico da empresa estatal, porque tais normas próprias têm o potencial de fazer ruir a estrutura empresarial que dá base a essas entidades estatais. Aplicadas em excesso, as excepcionalidades conduzem à descaracterização das empresas estatais, revertendo a opção inicial do Estado de utilização da forma de empresa. Assim, coloca-se o desafio de saber quando as normas próprias são admissíveis, e, em caso positivo, em que intensidade. A resposta a esse desafio deve ser buscada concretamente, por meio de soluções que obtenham um

² Oswaldo Aranha Bandeira de Mello identifica o fenômeno: “*O Estado* – ou entidades políticas menores –, por sua vontade, entendendo conveniente, sujeita-se às normas de direito privado e firma relações jurídicas com os particulares, utilizando-se dos institutos jurídicos peculiares desse ramo do direito. Abdica, então, do regime jurídico autoritário, do plano de superioridade, que lhe é próprio, com referência aos particulares, e se coloca em posição igualitária com eles e se subordina a esse regime jurídico. (...) Por vezes há, mesmo, interesse na utilização de institutos de direito privado. Assim, modernamente, ao lado das pessoas jurídicas de direito público – desdobramentos do Estado, órgãos auxiliares indiretos da sua ação –, ele cria, segundo o *Direito Comercial*, pessoas jurídicas privadas para consecução de vários dos seus cometimentos, sob a forma de sociedade anônima, através das chamadas pessoas jurídicas de economia mista, em que participa como acionista, ou segundo modalidade análoga dessa sociedade comercial, sem outro participante do patrimônio que ele próprio, mediante as denominadas *empresas públicas*.” (Ob. Cit.; págs. 41 e 42, grifei).

equilíbrio entre a necessidade da medida imposta pela norma própria e a preservação do modelo empresarial adotado pelo Estado para uma entidade sua.

Por isso, é preciso refletir sobre os problemas decorrentes da adoção do modelo empresarial para entidades estatais. As adaptações feitas pelo Estado no regime jurídico de suas empresas prejudicam a funcionalidade do formato empresarial que ele próprio adotou para uma entidade sua? As características próprias do modelo empresarial são enfraquecidas ou se perdem quando o Estado decide usá-lo? Até que ponto as normas próprias podem incidir sem danificar a forma de sociedade que identifica as empresas estatais?

Para pensar sobre tais questões, é importante perceber que o uso de empresas pelo Estado envolve um complexo de decisões que movimentam diversos centros de poder, como os poderes executivo e legislativo, os órgãos de controle estatal e as próprias empresas estatais. Além disso, a criação e a atuação das empresas estatais geram repercussões no desempenho do Estado quanto as suas atribuições e na vida da sociedade.

Tais aspectos fazem com que aqueles problemas existam não só para a ciência do direito, porque na base deles estão aspectos relevantes também para as ciências econômica, política e da administração pública. Há, então, um caráter de interdisciplinaridade latente no estudo das empresas estatais. Além disso, o tema é interdisciplinar também no âmbito da ciência do direito, porque para o seu conhecimento confluem elementos do direito administrativo, do direito comercial e do direito econômico.

A presente pesquisa pretende contribuir para esse importante debate, que é bem mais amplo do que o escopo dela. Para tanto, analisa como o tribunal de cúpula do poder judiciário brasileiro, que acumula as funções de corte constitucional, julga casos que lhe são levados à apreciação envolvendo empresas estatais, e como realiza o controle de constitucionalidade abstrato de normas que interferem na caracterização do regime jurídico dessas entidades estatais. Investiga, assim, a jurisprudência do STF para retratar o conjunto decisório sobre as normas próprias das empresas estatais, aprofundando-se na corrente jurisprudencial sobre as excepcionalidades que propiciam vantagens para as estatais diante das empresas do setor privado.

Ao mostrar como são decididos os julgamentos sobre as normas próprias das estatais, a pesquisa pretende contribuir para a discussão de dúvidas permanentes sobre o modelo jurídico da empresa estatal. Desse modo, optou por investigar como vem sendo

a resolução concreta que o STF dá para as disputas que, por envolverem as normas próprias das estatais, têm o potencial de colocar em crise o modelo jurídico da empresa estatal. A partir da apresentação e análise dos julgamentos que lidavam com problemas concretos sobre o regime jurídico das estatais, a pesquisa procura fornecer subsídios para uma discussão que é permanente, não só em relação ao próprio modelo jurídico, mas também quanto à conveniência do Estado na utilização do formato empresarial.

A escolha pela investigação jurisprudencial foi feita em razão do seu potencial para revelar perspectivas inovadoras para um debate que é complexo e acidentado, seja pelos desafios que o modelo jurídico de empresa estatal apresenta, seja pela polêmica ideológica que o tema costuma acender. Buscou-se a análise da experiência jurisprudencial para avaliar como o modelo jurídico da empresa estatal vem sendo concretamente definido. Por isso, a pesquisa é empírica, priorizando a análise do material jurisprudencial sobre o doutrinário.

É importante esclarecer que a pesquisa não realiza uma avaliação teórica sobre o modelo jurídico da empresa estatal e sua crise. Ao invés disso, procura conhecê-lo concretamente através da jurisprudência do STF, que ganha um sentido geral diante do problema da crise do modelo jurídico da empresa estatal. Esse é o pano de fundo que permeia as diversas correntes jurisprudenciais sobre as normas próprias das empresas estatais.

O recorte feito para avaliar a jurisprudência do STF na Constituição de 1988 busca ver como esse tribunal vem se comportando em relação ao tema nos mais de vinte e um anos da ordem constitucional atual. A escolha do STF também foi feita por se tratar de uma instituição chave no presente momento da democracia brasileira. Essa corte vem se comportando de modo cada vez mais ativo em relação a temas importantes da agenda nacional, exercendo um papel político crescentemente significativo. Além disso, vem ocorrendo uma mudança gradual no entendimento do próprio tribunal sobre os efeitos de suas decisões. São recorrentes decisões tomadas em casos concretos nas quais o tribunal concede efeitos que extravasam os limites das partes em litígio. Os julgamentos em controle de constitucionalidade abstrato impactam diretamente nas normas disciplinadoras das empresas estatais. Por isso, os julgamentos do STF atualmente exercem um papel central na definição do modelo jurídico da empresa estatal. O tribunal também possui instrumentos que permitem a expansão do seu entendimento para todo o judiciário.

Considerando que a incidência das normas próprias pode colocar o modelo jurídico da empresa estatal em crise, a pesquisa separou a análise da jurisprudência do STF conforme a espécie de norma própria envolvida. Assim, inicialmente retratou julgados que envolviam uma peculiaridade, passando depois a analisar os principais julgamentos que tratavam de limitações (ambos os momentos no capítulo II), e, por fim, centrou atenção na jurisprudência sobre privilégios das empresas estatais. Nesse ponto, a pesquisa faz uma subdivisão que segue os critérios de orientação da própria jurisprudência do STF, que usa a distinção entre as empresas estatais conforme a sua atuação, classificando-as em estatais exploradoras de atividade econômica e estatais prestadoras de serviços públicos. A jurisprudência sobre os privilégios de cada uma dessas categorias de estatais teve análise em capítulos separados (III e IV). Como conclusão, propõe medidas para a superação dos problemas constatados (capítulo V). Deste modo, a pesquisa buscou retratar as transformações do modelo jurídico da empresa estatal a partir da jurisprudência do STF.

É possível perceber que o STF vem decidindo os conflitos sobre uma *peculiaridade* sem prejudicar o modelo jurídico da empresa estatal. A jurisprudência do STF vem resolvendo as disputas que envolvem a peculiaridade da competência da Justiça Federal para julgar as causas envolvendo empresa pública federal sem causar dano ao modelo jurídico de empresa estatal. A personalidade de direito privado das estatais não vem sendo prejudicada pelo atendimento a regras específicas que não trazem restrições nem vantagens diante das empresas do setor privado. Percebeu-se que a incidência dessa espécie de norma, apesar de diferenciar o regime jurídico das empresas estatais, não vem afetando a sua personalidade de direito privado e, portanto, não se mostra apta para infirmar a opção do Estado pela forma de sociedade para uma entidade sua.

Do mesmo modo, o STF vem julgando litígios e efetuando o controle de constitucionalidade abstrato de normas com caráter de *limitação* sem prejudicar a empresa estatal como modelo jurídico. A jurisprudência do STF vem aceitando a imposição, às empresas estatais, das limitações relativas aos deveres de licitar, de realizar concurso público e de se submeter ao controle dos tribunais de contas, sem infirmar a personalidade de direito privado que detêm. Ao julgar casos envolvendo essas limitações, o tribunal não tende a avaliar a personalidade de direito privado como impeditiva à incidência de tais normas, que são, dessa forma, consideradas compatíveis com a sua estrutura empresarial. Em relação ao controle dos tribunais de contas, já

houve decisões que concluíram pela insubmissão das estatais em função da sua personalidade de direito privado, mas essa tendência inicial foi expressamente revertida para a fixação do entendimento atual, o de que o controle é incidente por se tratar de uma entidade estatal integrante da administração indireta. Quanto ao dever de realizar concurso público, a corte afastou a leitura que via no § 1º do artigo 173 da Constituição um óbice a sua incidência sobre as empresas estatais. Assim, considerou-o existente para as estatais em geral, inclusive as exploradoras de atividade econômica, pelo fato de pertencerem à administração pública, cujos empregos devem ser acessados pela via do concurso.

Recentemente, vem sendo discutida a viabilidade jurídica de diferenciação do modo de incidência das limitações sobre as empresas estatais, exatamente em função da sua estrutura empresarial, que não é detida pelas pessoas de direito público. A tentativa é a de compatibilizar as limitações com o caráter empresarial das estatais, num ajuste que procura justamente atender as suas características de empresa. Apesar de se tratar de uma entidade estatal, sua estrutura e funcionamento empresariais trazem uma demanda por regras mais ágeis, que, a princípio, poderiam ser dispensadas para as pessoas de direito público.

O STF vem manifestando um olhar favorável à diferenciação do modo de incidência das limitações às empresas estatais, o que preserva o modelo de empresa estatal. Quando julgou cautelarmente casos envolvendo a licitação simplificada da PETROBRÁS, o tribunal aceitou que o legislador previsse a adoção de um procedimento licitatório específico para essa estatal de atividade econômica. E nos casos sobre controle das estatais pelos tribunais de contas, a corte sempre teve a preocupação de evitar que elas fossem submetidas aos controles típicos das pessoas de direito público.

Assim, os julgamentos pelo STF das normas que impõem restrições à atuação empresarial do Estado não vem interferindo na personalidade de direito privado dessas entidades estatais. Ainda que as empresas do setor privado não estejam sujeitas a certas obrigações detidas pelas empresas estatais, que assim diferenciam o regime jurídico dessas, a personalidade de direito privado não vem sendo por elas afetada. Mesmo que os deveres com caráter de limitação sejam aplicáveis tanto às pessoas de direito público quanto às pessoas de direito privado estatais, a estrutura empresarial dessas não vem sendo prejudicada. Não vem ocorrendo modificação de suas características

empresariais, mas tão somente a imposição de obrigações adicionais às de uma empresa do setor privado.

A análise dos julgados que envolveram privilégios foi aprofundada pela pesquisa, pela constatação de que há ali um foco grave de crise do modelo jurídico da empresa estatal, com potencial para se alastrar pelo universo empresarial do setor público e prejudicar o uso do mecanismo empresarial para a prestação de serviços públicos pelo Estado. Não há prejuízo ao modelo jurídico quando o STF julga os privilégios das empresas estatais de atividade econômica; o problema surge quando a corte concede privilégios para empresas estatais de serviços públicos. O trabalho faz a crítica da jurisprudência retratada com o objetivo de evidenciar os seus problemas e de buscar saídas para corrigi-los.

Em relação às empresas estatais de atividade econômica, com atuação em concorrência com a iniciativa privada, a jurisprudência do STF vem impedindo que usufruam os privilégios da insubmissão às normas trabalhistas do advogado empregado, da imunidade tributária recíproca, da imunidade de jurisdição, de adiantamento a menor da remuneração de férias dos empregados e da impenhorabilidade de bens. Desse modo, o tribunal vem preservando a personalidade de direito privado dessa categoria de empresas estatais, que não é modificada pela extensão de prerrogativas do Estado. Quando os julgamentos envolviam apenas estatais de atividade econômica, bastou à corte, em regra, a constatação da personalidade de direito privado para negar o privilégio. Quando havia outras espécies de estatais envolvidas no mesmo julgamento, o tribunal apenas permitiu que normas nacionais concedessem privilégios para as de serviço público e as de atividade econômica monopolizada, mas não para as de atividade econômica.

Isso não ocorre quanto às instituições financeiras oficiais, que são empresas estatais de atividade econômica, atuando em situação de disputa com empresas do setor privado. Elas têm direito ao privilégio do monopólio sobre as disponibilidades de caixa do poder público, por força de previsão expressa da própria Constituição Federal, que também admite que o legislador institua ressalvas à regra que criou (art. 164, § 3º). Ao julgar disputas que envolviam o estabelecimento de ressalvas ao monopólio dos bancos estatais, o STF reforçou a regra constitucional e estabeleceu ônus crescentes ao legislador que pretenda ressalvá-la. Assim, a própria Constituição mitigou o caráter empresarial dessas estatais ao garantir que, mesmo atuando em concorrência com a iniciativa privada na exploração de atividades econômicas, desfrutassem de um

monopólio sobre parte das contas do poder público. O STF vem sendo excessivamente rigoroso na manutenção da regra constitucional, impedindo, em regra, que o legislador fixe ressalvas ao monopólio dos bancos estatais.

Portanto, o modelo da empresa estatal vem sendo preservado pelo STF quando proíbe que as estatais de atividade econômica gozem de privilégios. A aplicação da norma constitucional que proíbe as empresas estatais tidas como exploradoras de atividade econômica deterem vantagens em relação às empresas do setor privado (art. 173, § 1º, II e § 2º) impede que sua personalidade de direito privado seja prejudicada. Isso ocorreria se o STF lhes franqueasse o acesso às prerrogativas do Estado, que são próprias das pessoas de direito público e, quando aplicadas às pessoas estatais de direito privado, modificam o seu regime jurídico básico. O endosso do tribunal à proibição constitucional de usufruírem privilégios mantém íntegra sua personalidade de direito privado, na forma de sociedade, pela qual o Estado optou ao criar a entidade como empresa.

Em tais situações, com exceção da dos bancos estatais, o modelo jurídico da empresa estatal é preservado pelo STF. É no âmbito dos julgamentos sobre privilégios das empresas estatais de serviços públicos que surge a crise no uso, pelo Estado, da forma empresarial.

Na medida em que o STF passa a afirmar os privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca para empresas estatais de serviços públicos, por meio da extensão de prerrogativas do Estado, vão se perdendo certas características da personalidade de direito privado com a qual foram concebidas, e que lhes davam identidade. Essas entidades estatais são criadas como pessoas de direito privado, o que causa o afastamento das prerrogativas do Estado e a submissão aos regimes comuns de execução e de tributação. Por opção do Estado criador, o patrimônio da empresa estatal que não for afetado à prestação do serviço público pode ser judicialmente constrito para a satisfação de direitos de terceiros, assim como ela fica sujeita à cobrança de impostos pelos demais entes federativos.

Mas as decisões do STF vêm garantindo para certas empresas estatais a fruição de tais privilégios, o que transforma parcialmente o regime jurídico delas no de uma pessoa de direito público. Com a concessão do privilégio da impenhorabilidade de bens, o patrimônio dessas estatais fica integralmente protegido da constrição judicial como forma de execução. Afirmado o privilégio da imunidade tributária recíproca, elas não

ficam sujeitas à cobrança de impostos pelas pessoas políticas que não são suas controladoras.

Tais proteções especiais, que são originariamente detidas pelas pessoas de direito público, vêm sendo concedidas pelo STF para empresas estatais de serviços públicos. Ao assim proceder, o tribunal coloca em xeque a própria viabilidade da solução empresarial para a prestação de serviços públicos pelo Estado, principiando uma crise no modelo jurídico da empresa estatal.

Com a formação de uma jurisprudência que estende certas prerrogativas do Estado para as empresas estatais de serviços públicos, o STF iniciou um movimento de descaracterização desta categoria empresarial. Quando introduz no regime jurídico das estatais privilegiadas traços estranhos a sua forma empresarial, que lhes trazem elementos próprios das pessoas de direito público, o tribunal modifica algumas das características que as identificavam como entidades estatais empresariais. Assim, é atingida a própria ideia de submissão de um ente estatal a um regime jurídico em que predomina o direito privado. Essa característica essencial das empresas estatais é prejudicada pela jurisprudência do STF, que tem o efeito de impedir a adoção integral da solução empresarial para a prestação de serviços públicos pelo próprio Estado.

Atualmente, algumas estatais possuem um regime jurídico privilegiado, mas há uma tendência expansionista nessa jurisprudência, que foi moldada de maneira a se aplicar a qualquer empresa estatal de serviços públicos. O STF retirou o fundamento para os privilégios diretamente da Constituição, entendendo-os como necessários para as estatais de serviços públicos. Ao prescrever um regime constitucional e necessário de privilégios para as estatais de serviços públicos, o STF restringe a possibilidade de que o Estado as submeta integralmente ao direito privado. A expansão dos privilégios para quaisquer empresas estatais que a corte considere como prestadoras de serviços públicos tende a impedir o uso pleno da forma empresarial para a prestação de serviços públicos pelo Estado. Esta pesquisa demonstra que esse processo já se iniciou, e apesar de atingir um número ainda restrito de empresas estatais, encontra-se em um momento de franca expansão.

A constatação da existência de uma crise na utilização da forma empresarial pelo Estado para a prestação de serviços públicos traz um problema para o próprio modelo jurídico de empresa estatal. Uma de suas aplicações, quando o Estado pretende, ele próprio, realizar serviços que se encontram em sua esfera de titularidade, não pode ser executada plenamente, por conta do óbice criado pela jurisprudência do STF. É

importante perceber que se trata de uma crise artificial, que não foi motivada por qualquer desarranjo ou mau funcionamento do próprio modelo quanto aos regimes de execução e de tributação, mas criada pela crença, nutrida na jurisprudência do STF, de que as estatais de serviço público têm direito às prerrogativas do Estado.

O problema, a princípio, se concentra nas empresas estatais de serviços públicos, por conta da fundamentação literal dada pelo STF para os privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca. Contudo, o pouco rigor do STF na caracterização de uma empresa estatal como prestadora de serviço público lança dúvidas sobre o potencial de extensão do processo de autarquização. Parece ser mais realista considerar que essa jurisprudência alcance, na verdade, qualquer empresa estatal de *atividade pública*. Nessa perspectiva, só não estariam abrangidas as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, que concorrem com empresas do setor privado. Quaisquer outras categorias de empresas estatais, nas mais diferentes manifestações de atividades empreendidas pelo poder público (como atividades de apoio à administração pública, de fomento à iniciativa privada, de realização de obras públicas, de exercício de poder de polícia,³ de atividade econômica monopolizada, entre outras), poderiam ser alcançadas pela atual jurisprudência do STF que afirma privilégios.

Para superar o momento de crise e evitar a inviabilidade da aplicação do modelo da empresa estatal para a prestação de serviços públicos e para a realização de outras atividades públicas, é necessário que o STF abandone essa jurisprudência. Essa é a saída mais próxima para resolver a crise instalada pela própria corte. Como possui a missão de realizar a guarda da Constituição, de vocalizar suas normas e de interpretá-la para a solução de conflitos que envolvem questões constitucionais, cabe ao próprio tribunal a revisão do entendimento atual. O STF também poderia paralisar o movimento de expansão dos privilégios para outras empresas estatais que possam ser consideradas, na lógica da jurisprudência da corte, como prestadoras de serviços públicos, o que manteria a crise, mas impediria que se agravasse. Também seria possível que o Congresso Nacional editasse novas normas legais e reformasse a Constituição para afastar os privilégios das empresas estatais e compatibilizar o uso do formato empresarial pelo

³ A pesquisa não entrará no debate sobre a viabilidade jurídica do exercício do poder de polícia por empresas estatais, problema que, inclusive, foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal (está em processamento a Reclamação 9.702/MG, Reclamante – Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTRANS, Reclamado – Superior Tribunal de Justiça, em que é Relator o Min. Eros Grau). Interessa aqui apenas a constatação de que esse é um fenômeno existente na utilização do formato empresarial pelo Estado.

Estado com as necessidades decorrentes do regime peculiar de prestação dos serviços públicos, mas as normas resultantes desse processo também estariam sujeitas à apreciação do STF, o que induz à necessidade de convencimento dessa corte.

I.2) Método de pesquisa jurisprudencial e de seleção de julgados paradigmáticos

A pesquisa investiga a jurisprudência do STF sobre empresas estatais no regime da Constituição Federal de 1988, com enfoque sobre as decisões que envolveram privilégios. Foram analisados julgados do tribunal desde 06/10/1988 a 15/01/2010.⁴

O método da pesquisa de jurisprudência partiu da elaboração de combinações estratégicas de argumentos de busca, criadas a partir de dois critérios básicos: 1) identificação do privilégio de empresa estatal, aferido em contraposição ao regime jurídico das empresas privadas, tendo sido levantados os seguintes argumentos: “concurso público”, “disponibilidades de caixa”, “empregados”, “foro”, “impenhorabilidade”, “penhora”, “imunidade de jurisdição”, “imunidade tributária”, “ministério público”, “pagamento”, “regime licitatório simplificado”, “tribunal de contas”; 2) tripartição dos argumentos de busca, em função da variedade tipológica e terminológica que cerca o estudo das empresas estatais, tendo sido empregados os argumentos: “empresa estatal”, “sociedade de economia mista” e “empresa pública”.

A combinação estratégica foi inserida no *site* do tribunal, na seção de pesquisa de jurisprudência⁵, sempre utilizando a ferramenta “e” entre os argumentos. Para as combinações estratégicas com os argumentos de busca “impenhorabilidade” e “imunidade tributária”, foram selecionadas todas as bases de pesquisa disponíveis: “acórdãos”, “repercussão geral”, “súmulas vinculantes”, “súmulas”, “decisões monocráticas”, “decisões da Presidência”, “informativo” e “questões de ordem”.⁶ Para as demais combinações estratégicas, foram selecionadas as bases de pesquisa “acórdãos” e “repercussão geral”. Dos resultados brutos foram selecionados os resultados reais, para que ficassem somente os julgados úteis à pesquisa. Em parte dos casos bastou a análise da ementa para esta seleção. Quando a identificação da utilidade do acórdão não foi possível somente por esta via, partiu-se para a leitura do acórdão.

⁴ Não foram consideradas na pesquisa as decisões do STF tomadas após 05/10/1988, mas que julgavam com base na Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional 1/69, porque outros parâmetros constitucionais foram utilizados para a decisão do STF.

⁵ Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp#> >.

⁶ O site do STF informa que as bases “decisões monocráticas” e “decisões da Presidência” apenas contêm decisões selecionadas, sem mencionar quais critérios de seleção foram usados para tanto.

Foi também usada a seleção de decisões feita pelo próprio tribunal, no item “A Constituição e o Supremo”⁷ do seu *site*. Outro recurso utilizado foi o de verificar os precedentes citados pelos acórdãos que já tinham sido selecionados. Além da busca no *site* do STF, foram agregados julgados encontrados de modo esparsos em periódicos jurídicos, livros, artigos e notícias.

Para análise, foram escolhidos os julgados relevantes e paradigmáticos, assim considerados por representarem a posição da corte quanto à validade da norma em questão. O julgado paradigmático é aquele em que a posição atual do colegiado foi definida. Por ser o momento em que está em jogo, além da decisão do litígio concreto, a fixação do entendimento do tribunal sobre a matéria, os debates entre os magistrados tendem a ser mais acirrados e as divergências e tensões costumam aparecer nos votos. Há, portanto, bom campo para análise das razões alegadas pela corte para a decisão. Tais julgados foram nomeados por meio da referência, em negrito, ao nome da empresa estatal envolvida e o ano em que ele foi proferido. As demais decisões relativas à mesma norma foram arroladas em notas de rodapé, como forma de indicação da jurisprudência iniciada pelo julgado analisado.

Quando ocorreu a extensão de um precedente que envolvia uma empresa estatal para uma outra empresa estatal, considerou-se haver um novo julgado paradigmático, que significou uma inovação relevante perante a mesma questão de direito. Sua separação e análise destacada foi considerada necessária para a pesquisa, porque no novo julgamento o tribunal estava diante de uma situação significativamente distinta, pelo só fato de estar presente num dos polos uma nova empresa estatal, não obstante a questão de direito fosse a mesma. Deste modo, também se pode perceber a forma de utilização de precedentes pelo STF.

1.3) Método de análise de jurisprudência

Uma vez identificados os julgados paradigmáticos sobre o regime jurídico das empresas estatais, eles serão analisados de forma a expor a sua fundamentação. Em uma decisão do STF que é monocrática, quando as normas processuais e regimentais autorizam que um só ministro decida a demanda, basta para tanto o relato das razões adotadas pelo julgador. Mas quando o julgamento é feito por um colegiado, a constatação dos fundamentos usados pela corte para decidir pode não ser uma tarefa

⁷ Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/> >.

simples. Como a demanda é apreciada e julgada por um conjunto de magistrados, mesmo votos que concordem quanto ao resultado podem adotar motivações distintas. Daí surge o problema de compreender adequadamente a fundamentação dos julgamentos colegiados.

Por isso, quando o acórdão demandar, será realizada a sua análise por meio da classificação dos votos dos ministros em *linhas decisórias* distintas. Trata-se de uma tentativa de compreender o resultado e a fundamentação das decisões judiciais estudadas por meio da separação dos votos dos ministros em grupos. Um acórdão deve ser analisado sob a perspectiva do seu resultado, mas também é preciso compreender adequadamente a sua fundamentação. Uma decisão judicial que só contenha o resultado e não seja fundamentada é nula, e a ausência de clareza e coerência, assim como a omissão sobre ponto que deveria ser analisado suscitam a necessidade de novo pronunciamento judicial, via embargos de declaração (art. 93, IX da Constituição Federal e art. 535 e ss. da Lei 5.869/73, o Código de Processo Civil). Em acórdãos decididos por maioria de votos, há dissensão no resultado e na motivação empregada nos votos dos julgadores. Mas mesmo votos concordantes no resultado da ação podem, e costumam na prática forense, divergir sobre o fundamento jurídico que sustenta a decisão judicial. Assim, mesmo um acórdão decidido por unanimidade pode conter dentro de si motivações díspares.

A divisão dos votos dos ministros em linhas decisórias é uma proposta de classificação de argumentos judiciais com a finalidade de compreender a fundamentação do acórdão. A partir da visualização de grupos de votos, formados a partir de argumentos harmônicos e complementares, torna-se possível perceber qual foi a linha vencedora e quais foram as linhas vencidas no contexto de um julgamento colegiado.

A linha vencedora, com seu resultado e sua fundamentação, constitui o precedente judicial. As linhas vencidas, nas quais podem estar até mesmo votos cujo resultado foi coincidente com o dos votos da linha vencedora, não integram a fundamentação que dá identidade ao precedente judicial. Os argumentos usados nos votos integrantes das linhas vencidas não podem ser considerados como justificadores da decisão da corte, ainda que o resultado seja coincidente ao dos votos da linha vencedora, porque a fundamentação daqueles votos é significativamente diversa desses. Nos votos das linhas vencidas são dados argumentos que não podem ser agregados aos dos votos da linha vencedora.

A análise dos acórdãos por meio das linhas decisórias reconhece a primazia do ministro relator na condução dos julgamentos do STF. O modo de funcionamento do julgamento colegiado deste tribunal é determinado por um complexo de fatores, que vão desde a sua composição (CF/88, art. 101, *caput*), passam por suas competências (CF/88, arts. 102, 103 e 103-A), por suas regras organizativas internas (condensadas pelo Regimento Interno do STF)⁸ e chegam até as suas práticas culturais decorrentes da tradição.

Percebe-se, deste conjunto normativo e da prática institucional daquele tribunal, que a função exercida pelo ministro relator é diferenciada da dos demais ministros. Não obstante os votos tenham, em regra, o mesmo peso, o ministro relator, ao conduzir o processo, relatando-o aos demais membros da corte e proferindo o voto inicial, é o que mais influencia no resultado do julgamento. É ele quem dá a primeira estruturação jurídica para os fatos em apreciação, e assim pode direcionar o julgamento para uma determinada linha decisória. Após o seu voto, os ministros que busquem alterar a linha decisória inicialmente adotada têm o ônus de aceitar ou refutar os seus argumentos, mesmo que haja consenso quanto ao resultado da decisão. Quando o ministro relator vier a ser vencido, os ministros vencedores terão um ônus ainda maior de refutar os argumentos dele. Por ser o responsável para relatar o processo aos demais ministros, o ministro relator é, a princípio, o julgador que melhor conhece os detalhes e as peculiaridades da demanda judicial, além de ser quem teve maior contato com as partes e com os terceiros juridicamente interessados, como os *amici curiae*.

A formação das linhas decisórias será feita, portanto, em atenção ao papel destacado do ministro relator e a sua significativa influência para a evolução do julgamento. Atentando-se ao resultado e à fundamentação dados pelo ministro relator, os demais votos serão agregados em grupos, conforme possuam resultado igual ou diferente e fundamentação harmônica ou incompatível com o voto dele.

Torna-se possível, deste modo, compreender o resultado e a fundamentação *do acórdão* proferido pelo órgão julgador colegiado, e não simplesmente dos votos isolados. A proposta desta leitura é compreender adequadamente as razões usadas pelo tribunal para decidir um conflito que lhe é apresentado, ou seja, qual é a fundamentação

⁸ O Regimento Interno do STF, atualizado até fevereiro de 2010, está disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_fevereiro_2010.pdf > (acesso em 15/03/2010).

dada pela corte para aquela decisão. Com isso, são traçadas linhas úteis para ver como a decisão judicial analisada pode ser um precedente para casos futuros.

Com a identificação das linhas decisórias, torna-se possível perceber as dinâmicas internas ao julgamento de um órgão jurisdicional colegiado. Trata-se de uma forma útil de analisar uma decisão que é complexa, porque formada por meio da interação entre vários magistrados, dentro de uma ordem de votação com procedimento predeterminado.

Nos movimentos internos ao julgamento de uma demanda, pode-se perceber o esforço dos ministros em direcioná-lo para *correntes jurisprudenciais* diversas, que circulam entre o conjunto de julgados do tribunal. Uma corrente jurisprudencial é formada por decisões que se conectam por um mesmo eixo decisório e que possuem uma racionalidade comum. Pode-se dizer que há relação de precedente entre os julgados que integram uma determinada corrente jurisprudencial. A pesquisa se limita à análise da jurisprudência do STF no regime da Constituição Federal de 1988. Como cada tribunal constitui-se numa realidade própria, com suas competências específicas e peculiares regras de funcionamento, a análise das correntes jurisprudenciais sobre um tema de direito deve ser feita no contexto da própria corte.

A presente pesquisa teve por objetivo identificar e discutir tendências jurisprudenciais do STF sobre o regime jurídico das empresas estatais, com enfoque mais detido sobre os seus privilégios. Para tanto, mapeou os padrões decisórios usados pelo tribunal para o julgamento de disputas envolvendo as normas próprias das empresas estatais, com a finalidade de perceber os movimentos da jurisprudência e, a partir deles, retratar a orientação adotada pela corte. O conhecimento das características decisórias manifestadas pelo STF em disputas envolvendo o regime jurídico das empresas estatais permitiu a discussão sobre a crise do modelo jurídico da empresa estatal.

1.4) O que os tribunais fazem diante de um privilégio?

Como a pesquisa adotou um enfoque especial sobre os privilégios das empresas estatais, ela usa uma nomenclatura específica para se referir aos atos do poder judiciário diante de normas da espécie. A proposta é a de identificar a origem do privilégio, para saber se foi constituído pelo poder legislativo, pelo poder executivo ou pelo poder judiciário. Buscou-se, então, ver se o privilégio envolvia norma legal ou regulamentar

expressa que o instituiu ou se foi o STF quem, por meio de interpretação da Constituição, o concedeu a uma ou mais empresas estatais.

Para tanto, foi necessário ver a postura do STF diante de um privilégio. Em um primeiro momento, um privilégio pode ser *afirmado* ou *negado* pelo tribunal. Pode-se ver, pelo resultado do julgamento envolvendo um privilégio, a sua aceitação ou o seu afastamento pela corte. Dentro destas duas grandes categorias, há subdivisões, relacionadas à origem do privilégio, se interna ou externa ao judiciário.

Ao afirmar um privilégio, o poder judiciário pode mantê-lo ou concedê-lo, conforme ele haja sido instituído previamente pelo poder legislativo ou pelo poder executivo, ou não.

Então, *privilégio mantido* é o que foi instituído por lei ou regulamento autônomo, e mantido pela decisão judicial. Quando mantém um privilégio, o judiciário reafirma uma opção prévia do legislativo ou do poder executivo, que pode eventualmente ser uma opção de política pública. Nesses casos, a pesquisa analisa se os juízes, para decidir, discutem a opção previamente tomada pelo privilégio e que argumentos usam para mantê-lo.

Contrariamente, *privilégio concedido* é o que foi constituído por decisão judicial, a partir da interpretação de normas constitucionais ou legais, que não o previram de modo expreso. Ao constituir um privilégio, o judiciário se substitui ao legislativo e ao executivo, tomando uma opção própria de formulação normativa, eventualmente de política pública. Nesses casos, a pesquisa analisa se os juízes, para decidir, discutem os custos e benefícios da constituição do privilégio e se consideram as possíveis repercussões para a empresa, para o Estado e para a sociedade.

Ao negar um privilégio, o poder judiciário pode anulá-lo ou recusá-lo, conforme ele haja sido instituído previamente pelo poder legislativo ou pelo poder executivo, ou não.

Então, *privilégio anulado* é o que foi instituído por lei ou regulamento autônomo, e invalidado pela decisão judicial. Quando anula um privilégio, o poder judiciário invalida uma opção prévia do poder legislativo ou do poder executivo. Nesses casos, buscou-se analisar os argumentos que os juízes usam para decidir.

Contrariamente, *privilégio recusado* é o que foi pleiteado em juízo, e recusado pela decisão judicial. Quando se recusa a constituir um privilégio, o poder judiciário deixa de introduzi-lo na ordem jurídica, mantendo a norma contrária vigente. Nesses casos, buscou-se analisar os argumentos que os juízes usam para decidir.

Segue abaixo um quadro-síntese com as possíveis posturas que o poder judiciário pode adotar ao julgar um privilégio.

<i>Tipos de privilégios/Poderes</i>	Legislativo ou Executivo	Judiciário
Mantido	institui	mantém
Concedido	abstém-se	constitui
Anulado	institui	anula
Recusado	abstém-se	recusa

II – Regime jurídico das empresas estatais: como identificá-lo?

O presente capítulo tem a finalidade de apresentar algumas ideias gerais da ciência do direito sobre as empresas estatais. Para tanto, parte da apresentação de normas e critérios necessários para a identificação do regime jurídico das sociedades controladas pelo Estado. Depois, centra a atenção nas normas próprias das empresas estatais, que não se aplicam às empresas do setor privado, propondo um critério para diferenciá-las conforme o efeito que propiciem à estatal, na comparação com a situação jurídica das empresas do setor privado. As espécies de normas próprias ou excepcionalidades ao regime jurídico empresarial geral – as peculiaridades, as limitações e os privilégios – são apresentadas e ilustradas com exemplos extraídos do ordenamento jurídico e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com exceção dos privilégios, cuja apresentação é somente teórica, já que os capítulos III e IV seguintes tratarão de aprofundar a sua análise normativa e jurisprudencial.

II.1) A complexidade do regime jurídico das empresas estatais

O Estado empresário é um fenômeno complexo e merecedor de estudos jurídicos. Quando uma pessoa jurídica de direito público decide instituir uma empresa, ela o faz aproveitando o regime jurídico decorrente da personalidade jurídica de direito privado, própria das empresas. Sobre este regime jurídico básico e comum incidirão normas próprias, impertinentes às empresas do setor privado, que darão identidade às empresas estatais.

As normas próprias às empresas estatais possuem origens diversas, e podem ser analisadas a partir de sua hierarquia normativa. Assim, há normas constitucionais, legais e infra-legais que são aplicáveis apenas às empresas estatais, sem alcançar as empresas do setor privado.

As normas constitucionais direcionadas às empresas estatais podem ser fruto do poder constituinte originário criador do texto constitucional de 1988⁹, do poder

⁹ Exemplo de norma constitucional presente no texto de 1988 é a que obriga o depósito das disponibilidades de caixa das empresas estatais de todos os entes federativos em instituições financeiras oficiais, nos seguintes termos: “Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central. (...) § 3º - As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.”.

constituinte derivado que modificou o texto constitucional a partir de emendas¹⁰ ou do poder constituinte decorrente que gerou as constituições estaduais¹¹.

A legislação ordinária, por sua vez, veicula normas que regulam a administração pública de uma maneira genérica, atingindo as diversas entidades estatais e, entre elas, o conjunto formado pelas empresas estatais.¹² Deve-se observar que a legislação ordinária normatiza as empresas estatais federais, estaduais, distritais e municipais, conforme as regras de distribuição de competências legislativas entre os entes federativos. Mas também há normas legais específicas, que disciplinam somente o regime jurídico de determinada empresa estatal.¹³ Como a instituição de uma empresa estatal é um ato complexo, iniciado pelo poder executivo e necessariamente autorizado pelo poder legislativo por meio de lei específica (art. 61, § 1º, inciso II, alínea *e* c/c art. 37, XIX da Constituição Federal)¹⁴, deste ato legislativo também podem surgir normas específicas, incidentes apenas sobre a empresa estatal instituída.¹⁵

¹⁰ Como na norma, introduzida pela Emenda Constitucional 19, de 1998, que possibilita a instituição de regimes de contratações públicas diferenciados para as empresas estatais, nos seguintes termos: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;” e “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: (...) III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;”.

¹¹ Na Constituição do Estado de São Paulo há norma que veda, às empresas estatais estaduais que não enfrentam concorrência de mercado, a realização de publicidade de qualquer natureza fora do território do Estado, para fins de propaganda governamental. Confira-se: “Artigo 115 - Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas: (...) §2º - É vedada ao Poder Público, direta ou indiretamente, a publicidade de qualquer natureza fora do território do Estado, para fins de propaganda governamental, exceto às empresas que enfrentam concorrência de mercado e divulgação destinada a promover o turismo estadual.”.

¹² Nesse sentido, as contratações das empresas estatais devem, em regra, ser realizadas nos termos da Lei 8.666/93, que institui normas para as licitações e contratos da administração pública em geral. Veja-se: “Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”.

¹³ Ainda no campo das contratações, a Lei 9.478/97 determinou que os contratos da PETROBRÁS para aquisição de bens e serviços sejam precedidos de procedimento licitatório simplificado, definido em decreto do Presidente da República. Assim, afastou para tais hipóteses o regime licitatório geral da administração pública, definido na Lei 8.666/93. A redação da Lei do Petróleo é a seguinte: “Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.”.

¹⁴ Assim redigidos: “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da

O regime jurídico das empresas estatais ainda é conformado por normas regulamentares, atos normativos da administração pública e atos administrativos, editados pelo chefe do poder executivo e seus subordinados no exercício de função administrativa. Tais normas infra-legais podem tanto atingir o conjunto de empresas estatais de certo ente federativo de uma maneira genérica quanto podem se direcionar para uma só estatal.^{16,17}

República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II - disponham sobre: (...) e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;” e “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”

¹⁵ Foi o que fez a Lei 11.652/08, que autorizou o poder executivo federal a instituir a Empresa Brasil de Comunicação S.A. – EBC e determinou que ela possua regulamento simplificado para contratação de serviços e aquisição de bens, que deverá ser editado por decreto do Presidente da República. Veja-se: “Art. 5º Fica o Poder Executivo autorizado a criar a empresa pública denominada Empresa Brasil de Comunicação S.A. - EBC, vinculada à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.” e “Art. 25. A EBC terá regulamento simplificado para contratação de serviços e aquisição de bens, editado por decreto, observados os princípios constitucionais da publicidade, impessoalidade, moralidade, economicidade e eficiência.”

¹⁶ As normas sobre supervisão ministerial das entidades da administração indireta, constantes do Decreto-lei 200/67, fornecem um panorama do intenso regramento infra-legal a que as empresas estatais estão sujeitas: “Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.”, “Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade. III - A eficiência administrativa. IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade. Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento: a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se fôr o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica; b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade; c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo; d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia; e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle; f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração; g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas; h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; i) intervenção, por motivo de interesse público.” e “Art. 27. Assegurada a supervisão ministerial, o Poder Executivo outorgará aos órgãos da Administração Federal a autoridade executiva necessária ao eficiente desempenho de sua responsabilidade legal ou regulamentar. Parágrafo único. Assegurar-se-á às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idênticas às do setor privado cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo.”

¹⁷ O tema da supervisão das entidades da administração indireta ganhará novos contornos se o Congresso Nacional aprovar o Anteprojeto de Lei para Reforma da Organização Administrativa Brasileira. Elaborado por Comissão de Juristas instituída pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, o anteprojeto de lei (APLORG) propõe normas gerais de organização administrativa que substituem parte do Decreto-lei 200/67 e o Decreto-lei 900/69. Quanto ao ponto, o APLORG institui a supervisão por

Em suma, o regime jurídico já peculiar das empresas estatais em geral - porque sobre o conjunto das estatais incidem não só normas pertinentes às empresas do setor privado, mas também outras que só dizem respeito às estatais – ainda é diferenciado pelas normas que só se aplicam à empresa estatal em questão, conforme prescrito pela legislação emanada pelo ente federativo competente, inclusive pela lei que autoriza a instituição da estatal, e por atos da administração pública a que ela pertença.

II.2) Distinções: doutrinárias e normativas

Como forma de reduzir esta notável complexidade do regime jurídico das empresas estatais, a ciência jurídica vem se esforçando para propor distinções, criando-as com base em tipos ideais, geralmente pensados a partir de diferentes formas de atuação das estatais. Por meio de tais distinções busca-se a classificação do universo das empresas estatais em categorias distintas, o que facilitaria a identificação do regime jurídico aplicável a cada qual. Tais distinções oferecem critérios interpretativos do ordenamento jurídico que levam a grandes sínteses, por meio das quais são reunidas as normas pertinentes a cada grupo de empresas estatais, de forma a compor regimes jurídicos distintos.

Uma distinção bastante recorrente no estudo das empresas estatais, criada pela doutrina, é a que as aparta em duas categorias: a das empresas prestadoras de serviço público e a das empresas exploradoras de atividade econômica. Em estudo publicado

vinculação, nos seguintes termos: “Art. 47. A supervisão por vinculação é exercida sobre as entidades da administração indireta, as quais ficam sujeitas: I – à verificação periódica do atendimento de diretrizes governamentais e dos objetivos fixados nos seus atos constitutivos e, quando for o caso, nos contratos de autonomia; II – à prestação de informações administrativas, operacionais e financeiras; III – a normas de elaboração, encaminhamento e execução orçamentária e de responsabilidade fiscal; IV – a limites e critérios para despesas com pessoal, nos termos do previsto em lei específica; V – a limites e critérios de despesas com publicidade, observado inclusive o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição; VI – à adoção, na aplicação das leis e regulamentos de natureza administrativa que digam respeito às atividades-meio, da interpretação jurídica de caráter geral regularmente aprovada no âmbito do Poder Executivo. § 1º A supervisão de que trata este artigo incumbe ao órgão a que se vincula a entidade. § 2º O exercício, pelo poder público, de seus direitos de sócio nas empresas estatais e de suas faculdades estatutárias nas fundações estatais, cabe às autoridades determinadas segundo as normas de organização administrativa competentes. (...) Art. 49. O exercício da supervisão por vinculação não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica da entidade supervisionada, ou inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável.” e “Art. 90. Ficam revogados: I – o decreto-lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967, salvo quanto aos artigos 28 a 66, 94 a 97 e 177 a 179; II – o decreto-lei nº. 900, de 29 de setembro de 1969.”. O APLORG, sua exposição de motivos e estudos dos membros da comissão, organizados em torno do texto normativo, estão organizados na coletânea *Nova Organização Administrativa Brasileira – estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira* (Belo Horizonte, Fórum e IBDP, 2009), coordenada por Paulo Modesto.

originalmente em 1973, Celso Antônio Bandeira de Mello promove esta distinção.¹⁸ Partindo de definição de serviços públicos, o administrativista identifica as sociedades de economia mista e as empresas públicas como técnicas pelas quais o Estado presta os serviços de maneira descentralizada. A descentralização consiste na transferência, pelo Estado a pessoa jurídica distinta, do serviço público ou de seu desempenho.¹⁹⁻²⁰ Surge então o problema da identificação de determinada atividade estatal como serviço público. O autor resolve-o a partir da consideração dos limites constitucionais a que o legislador está adstrito para tal definição. Com base na Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, ele constata que há serviços públicos por definição constitucional, mas que outras atividades podem ser assim configuradas pelo legislador, desde que observada a livre iniciativa garantida constitucionalmente. Por meio dela, as “atividades econômicas” são atribuídas preferencialmente às empresas do setor privado e apenas suplementarmente ao Estado (art. 170 e § 1º da CF 67/69). Separa-se, então, o campo dos serviços públicos, de titularidade do Estado, da área, remanescente, da “atividade econômica”, cuja preferência é da iniciativa privada, mas em que ao Estado é permitido atuar de maneira subsidiária, quando desenvolverá serviços governamentais (e não serviços públicos).²¹ Assim, ficam apartados o serviço público e a atividade

¹⁸ *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

¹⁹ Em suas palavras: “Eis, pois, os fundamentos teóricos da noção de serviço público formulada inicialmente, ao se dizer que: ‘Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor de interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.’ Logo, é forçoso concluir que a noção de *prestação descentralizada de serviço público* cinge-se às hipóteses em que o Estado *transfere para outra pessoa jurídica* uma prestação de utilidade ou comodidade aos administrados, desempenhada sob regime jurídico especial informado por prerrogativas soberanas de autoridade e por restrições especiais em seu exercício.” (*Ob. Cit.*; pg. 20, grifos do original).

²⁰ Vale ressaltar que o conceito de serviços públicos do administrativista teve sua fórmula ligeiramente alterada em seu *Curso de Direito Administrativo*, nos seguintes termos: “*Serviço público* é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.” (*Curso de Direito Administrativo*. 26ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2009; pg. 665).

²¹ Em suas palavras: “Afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser erigidos nesta qualidade, desde que o Estado respeite as disposições concernentes à ordem econômica e social, em que se garante a livre iniciativa. Com efeito, em defesa dela, o art. 170 dispõe que a exploração e a organização das ‘atividades econômicas’ compete, *preferencialmente* às empresas privadas, de tal forma que somente em caráter suplementar ingressará o Estado neste campo, consoante preceitua o § 1º do mencionado artigo. Ocorre que o texto constitucional, compreensivelmente, não define o que sejam ‘atividades econômicas’. Em consequência, remanesce ao legislador ordinário um largo campo para qualificar certas atividades como ‘serviços públicos’, no que, indiretamente, gizará, por exclusão, a área configurada como das ‘atividades econômicas’. É lógico que, a despeito desta larga margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há de se entender

econômica.²² Depois, o administrativista introduz a dicotomia *prestação de serviço público / exercício de atividade econômica* no seu conceito de sociedade de economia mista. Portanto, a partir da consideração da espécie de atuação, as sociedades de economia mista são classificadas em dois tipos fundamentais: as prestadoras de serviço público e as exploradoras de atividade econômica.²³ Posteriormente, o autor aplica o mesmo raciocínio ao conceituar empresa pública.²⁴

que o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na sociedade. Por isso mesmo não é total a liberdade do Legislativo, sob pena de ser retirado qualquer conteúdo de vontade ao dispositivo da Carta Magna, tornando-o letra morta, destituído de qualquer valia e significado. De revés, quando o Estado interfere, suplementarmente, na *exploração de atividade econômica*, ao desenvolver atividades desta natureza, estar-se-á diante de *serviços governamentais* e não de *serviços públicos*.” (*Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979; págs. 22 e 23, grifos do original).

²² O autor afirma: “Com isto se verifica que os serviços correspondentes à exploração de atividade econômica não são serviços públicos porque não competem ao Poder Público, a não ser supletivamente e ainda assim sob a regência do direito privado, circunstâncias que os apartam irremissivelmente da categoria de serviços públicos.” (*Ob. Cit.*; pg. 24).

²³ Veja-se: “Sociedade de economia mista é a pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de direito mercantil e composta por capitais públicos e privados, criada (ou assumida) pelo Poder Público como um instrumento de sua atuação *para realização de interesses relevantes para a coletividade* e, por isso mesmo, submetida a um regime jurídico especial, marcado por certa originalidade em relação às demais sociedades comerciais. (...) A sociedade de economia mista destina-se à implementação de interesses relevantes para a sociedade e em cuja satisfação o Estado está empenhado. Em outras palavras: os serviços prestados por estas entidades hão de se constituir em serviços de interesse coletivo ou serviços públicos. (...) O importante, contudo, conforme se assinalou ao examinarmos a distinção entre serviços públicos e serviços governamentais, é discernir entre sociedades de economia mista volvidas à satisfação de ‘interesses públicos’, ou seja, sociedades prestadoras de serviços públicos, e sociedades mistas que se dispõem à satisfação de ‘interesses coletivos’ – relevantes para a sociedade, mas que não chegaram a ser qualificados como públicos. Estas últimas, por não serem prestadoras de serviços públicos, configuram intervenções do Estado no domínio econômico – área em princípio reservada à livre iniciativa, conforme orientação constitucional (art. 170 e §§).” (*Ob. Cit.*; págs. 93, 100 e 101, grifei).

²⁴ Confira-se: “Para a prestação de atividades sob regime empresarial, o Estado não se serve apenas das sociedades de economia mista. Vale-se, também, de pessoas constituídas de recursos unicamente governamentais e organizadas segundo os moldes das empresas privadas. Paradoxalmente, a estas empresas do Estado, recortadas sobre os esquemas do direito privado, dá-se o nome de empresas públicas. Em rigor, de públicas têm apenas o nome e a circunstância de se alicerçarem em capitais unicamente governamentais. Seu regime, seu funcionamento, amolda-se àquele próprio das entidades de direito mercantil. É nisto, aliás, que se diferenciam das autarquias. Enquanto estas se submetem ao direito público, as empresas públicas são disciplinadas pelo direito privado. Ambas são pessoas inteiramente governamentais. Ambas são formadas com recursos integralmente de origem pública. Diferem precisamente em que umas – as autarquias – acham-se colhidas pelo regime jurídico administrativo e, por isso, são pessoas de direito público; outras – as empresas públicas – norteiam-se basicamente pelo direito comercial e, por isso, são pessoas de direito privado. É o próprio texto constitucional brasileiro que lhes impõe submissão ao mesmo regime das empresas privadas, inclusive no que respeita ao direito do trabalho e das obrigações, consoante expressa disposição do art. 170, § 2º. Então, tal como as sociedades de economia mista, consistem em uma forma de atuação do Estado submetida a esquemas privatistas. *Tal como as sociedades de economia mista, podem ser criadas para desenvolver serviços públicos, cuja exploração se afine aos métodos empresariais, ou para intervir na ordem econômica, servindo de instrumentos de ação do Estado no domínio econômico.* (...) À vista do que até agora se expôs, pode-se conceituar empresa pública como ‘a pessoa jurídica de direito privado, constituída sob forma de sociedade mercantil e formada por capitais exclusivamente governamentais, criada (ou assumida) pelo Estado como instrumento de sua ação, por via empresarial, *para a realização de interesses relevantes*

Outra distinção subsequente, também doutrinária, é a que divide as estatais em empresas prestadoras de serviço público (considerado como forma de atividade econômica em sentido amplo) e em empresas exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, que podem atuar em regime de monopólio ou em regime de concorrência com a iniciativa privada. Eros Roberto Grau, em estudo publicado em 1981, defende essa distinção e, com base nesta classificação, opera a separação entre os regimes jurídicos das empresas estatais.²⁵ Note-se que, apesar da diferença de concepção que considera o serviço público como atividade econômica em sentido amplo, essa distinção parte, como a de Celso Antônio Bandeira de Mello, da consideração da espécie de atuação da empresa estatal, a partir da dicotomia, ainda que relativizada por Eros Grau, *prestação de serviço público / exercício de atividade econômica*.²⁶ A dicotomia é introduzida por esse autor na classificação dos tipos ideais de empresa estatal, numa operação semelhante à realizada por Celso Antônio Bandeira de Mello.²⁷

para a coletividade e por isso mesmo submetida a um regime jurídico marcado por certa originalidade em relação às demais sociedades comerciais’.” (*Ob. Cit.*; págs. 131 a 134, grifei).

²⁵ Ver, especialmente, o texto “A distribuição do exercício da atividade econômica entre os setores público e privado: o art. 170 e parágrafos da Emenda Constitucional 1/69”, que é o capítulo IV de seu livro *Elementos de Direito Econômico* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981; págs. 82 a 111). A distinção entre tipos ideais de empresas estatais em função de sua atuação é traçada especialmente a partir da página 103. Em um detalhamento de sua classificação, o autor concebe o seguinte quadro tipológico de empresas estatais: “A) empresas estatais de serviço público; A.1) monopolizado; A.2) não monopolizado; B) empresas estatais de iniciativa econômica; B.1) em regime de monopólio; B.2) de apoio e estímulo à iniciativa privada; B.3) em caráter suplementar; B.3.1) produzindo para o mercado; B.3.2) de atividade de suporte à Administração” (*Ob. cit.*; pg. 105).

²⁶ Eros Grau afirma: “36. Atividade econômica: os sentidos da expressão. Na busca da determinação de tais sentidos, cuidemos de considerar conjuntamente as expressões *atividade econômica* e *serviço público*, ignorando, temporariamente, os usos que da primeira fazem o Decreto-lei 200/67 e a Constituição. A primeira indagação que então nos colocamos há de ser a seguinte: *ocorre, de fato, oposição entre as noções de atividade econômica e de serviço público?* Parece-me que não. Pelo contrário, entendo haver plena integração entre tais noções, visto que atividade econômica é *gênero* no qual se inclui a *prestação de serviços públicos*. Podemos entender como *econômica* a atividade que envolve a utilização de recursos escassos, exigindo opções entre fins alternativos, visando à satisfação de necessidades. *Atividade econômica*, no seu sentido mais amplo, significa precisamente isso. *Serviço público*, por outro lado, é atividade – em princípio estatal – que, mediante a utilização de bens e serviços (recursos escassos), está voltada à satisfação de necessidades públicas. Assim, podemos ter como pacífico que o *serviço público* é uma espécie do *gênero atividade econômica*. Mas não a única. Pois, ao lado do *serviço público*, modalidade de *atividade econômica* – enquanto *gênero* – praticada pelo Estado, há outras modalidades de *atividade econômica* cujo exercício é atribuído preferencialmente, pela Constituição, às empresas privadas. Neste último sentido, consagrado no art. 170 do texto constitucional, *atividade econômica* é espécie do *gênero atividade econômica*. Vale dizer: *atividade econômica* é expressão que deve ser tomada em dois sentidos – enquanto *gênero*, compreendendo duas modalidades (*serviço público* e *atividade econômica em sentido estrito*); enquanto *espécie* que, ao lado de *serviço público*, se integra no *gênero atividade econômica*.” (*Ob. Cit.*; págs. 89 e 90, grifos do original).

²⁷ Nas palavras de Eros Grau: “A ampliação das funções do Estado, como tenho observado, acarretou uma série de consequências. Entre elas, uma das mais marcantes verificou-se no surgimento de entidades dele descentralizadas, inicialmente sujeitas ainda a regimes de direito público, posteriormente como personalidades de direito privado. Aí, justamente, o aparecimento das empresas estatais, mediante cuja dinamização visa o Estado ao aproveitamento das virtudes da gestão de atividades pelos métodos da empresa privada. Sob o pretexto da busca de condições de flexibilidade administrativa, passou o Estado a

Conquanto tais distinções doutrinárias venham contribuindo, ao longo dos anos e mesmo sob a égide de Constituições distintas, para a solução de diversas questões jurídicas, o que se observa atualmente é que elas vêm perdendo a capacidade de sintetizar o regime jurídico das empresas estatais. São, portanto, distinções em crise, porque tem sido gradativamente diminuída sua utilidade na identificação das normas aplicáveis às estatais e na síntese da disciplina normativa aplicável a uma dada empresa estatal.²⁸⁻²⁹

prolificamente criá-las, no Brasil especialmente a partir da década de 60. Com a ascensão dos militares ao poder e a conseqüente exclusão dele da classe política, consumou-se uma verdadeira aliança entre aqueles e uma fechada elite de tecnocratas, que passou a constituir a chamada tecnocracia estatal. Esta, por sua vez, tem largamente propiciado a criação daquelas empresas, como a comprovar a assertiva segundo a qual entre as razões que ensejam o surgimento de tais empresas avultam a vontade de poder do Estado e a necessidade de atividade dela própria, tecnocracia estatal. Desde a observação desse profuso universo, em que pululam empresas estatais, é que devemos operar, entre elas, *uma primeira distinção*, que os subsídios extraídos de minha exposição ensejam. Refiro-me à necessidade de *apartarmos as empresas estatais de prestação de serviço público daquelas que desenvolvem iniciativa econômica em caráter suplementar – e também monopólio de determinada indústria ou atividade*. (...) Daí a afirmação, que sustento, de que – compatibilizados os sentidos diversos sob os quais a expressão *atividade econômica* foi utilizada pelo Decreto-lei 200/67 e pelo art. 170 da Emenda Constitucional 1/69: sentido amplo e sentido estrito – o Direito Positivo supõe a existência de dois tipos de empresas públicas e sociedades de economia mista: as que exercem serviço público e as que exercem iniciativa econômica em caráter suplementar (além, naturalmente, das que explorem iniciativa econômica em regime de monopólio).” (*Ob. Cit.*; págs. 102 e 103, grifei).

²⁸ Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza diagnosticam essa crise: “Verifica-se, por um lado, que a própria distinção ‘serviços públicos *versus* atividades econômicas’ mostra sinais de crise, vez que a sua maior utilidade residia (ao menos supostamente) em permitir ao intérprete identificar, diante de um caso concreto, qual o regime jurídico aplicável à situação: em se tratando de atividade econômica em sentido estrito (assim qualificada pelo Direito), o caso se submeteria ao regime de direito privado; em se tratando de serviço público (como tal qualificado pela ordem jurídica), ele se sujeitaria ao regime de direito público. O problema é que a legislação brasileira vem dificultando esta tarefa atribuída ao intérprete – consoante salientado na introdução deste estudo –, vez que tem reconhecido, por exemplo, serviços públicos não subordinados ao regime publicístico, mas sim a um regime de direito privado. Cai por terra, assim, a utilidade maior daquela distinção clássica e, no que tange ao regime das estatais, ela também se torna de utilidade questionável.” (“Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério” *in Revista de Direito Administrativo* n° 245. Rio de Janeiro, Atlas e FGV, maio-agosto 2007; pg. 22).

²⁹ Floriano de Azevedo Marques Neto critica tais distinções doutrinárias por partirem da dicotomia *prestação de serviço público / exercício de atividade econômica*, sem atentar para a existência de competição, que pode ocorrer mesmo na prestação de serviços públicos por empresas estatais: “I.11. O que me parece hoje relevante para se verificar o regime jurídico a balizar a atividade da empresa estatal será a atividade que exerce e se a mesma se desenvolve em ambiente de competição ou não. No contexto jurídico e econômico atual, podemos ter atividades econômicas (agora em sentido amplo, é dizer, atividades às quais se pode atribuir relevância econômica) consideradas serviços públicos prestadas em regime de exclusividade ou de competição. Bem como podemos ter atividades econômicas em sentido estrito (aquelas que não são tomadas pela ordem jurídica como serviço público) exploradas em regime de monopólio ou competição, neste último caso como o gênero das atividades econômicas. I.12. Hodiernamente, portanto, saber se a empresa estatal explora serviço público ou atividade econômica em sentido estrito parece ser irrelevante. Há empresas estatais que têm por objeto o desempenho de atividades industriais, comerciais, de serviços que hão de ser ofertadas à coletividade a título oneroso (ou seja, atividades econômicas em sentido amplo). Outras estatais têm por objetivo exercer função pública (o que enseja polêmicas sobre a adequação ou não do cometimento de poder extroverso inerente à função pública a entes submetidos ao regime privado, mesmo que sob controle estatal). Quanto a estas últimas, parece-me irrefutável a aplicação do regime de direito público como se faz para os entes da Administração centralizada.” (“As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado” *in* OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coordenadores). *Direito Administrativo* –

Como estas distinções foram concebidas a partir de espécies de atuação da empresa estatal, que partem da dicotomia *prestação de serviço público / exercício de atividade econômica*, é plausível imaginar que as dificuldades de delimitação jurídica dos setores público e privado da economia – consubstanciadas nos conceitos jurídicos de *serviço público* e de *atividade econômica* – tenham se transferido para o âmbito conceitual das empresas estatais, dificultando sobremaneira a identificação do seu regime jurídico. Neste sentido, a chamada *crise do conceito jurídico de serviço público* parece ter irradiado efeitos na seara das empresas estatais, colocando em crise o próprio conceito de tais entidades estatais, dependente da identificação da espécie de atuação.³⁰ -

31

Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006; págs. 581 e 582).

³⁰ É interessante notar que os autores defensores da distinção entre tipos ideais de empresas estatais a partir da sua atuação expõem as dificuldades de se trabalhar com o conceito de serviço público, relatando a sua crise. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma: “A noção de serviço público é notoriamente uma das mais debatidas sobretudo hoje e especialmente na doutrina francesa, justamente onde aflorou esta categoria de extraordinária relevância para o direito administrativo. A doutrina brasileira, contudo, não se tem debruçado suficientemente sobre a questão para abordar a dificuldade de seu problema conceitual e a crise que atualmente atravessa.” (*Ob. Cit.*; pg. 16). Em nota de rodapé, o autor menciona um processo de expansão de crise análoga, na noção de autarquia: “A respeito da crise da noção de serviço público, são fundamentais os trabalhos de Jean Louis de Corail, *La crise de la notion juridique du service public em droit administratif français*, 1964, e de Rolland Drago, *Les crises de la notion d’établissement public*, 1950. Neste último estudo o autor demonstra que a noção de estabelecimento público (autarquia) viu-se em crise porque um dos elementos de sua noção – a de serviço público – assumiu profunda imprecisão. Sobre o tema, vide nosso *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, 1968 (...).” (*Ob. Cit.*; pg. 16). Por sua vez, Eros Grau: “Paralelamente a tal enunciação, cumpre-nos observar que, ao contrário do que ocorria ao tempo do Estado Liberal, torna-se hoje extremamente difícil a demarcação, no campo da atividade econômica, das áreas do serviço público e da iniciativa econômica. Àquela época, voltado o Estado exclusivamente à realização de ordem, segurança e paz, surgiam inteiramente distintas aquelas duas áreas, naquele campo. Na primeira delas – a dos serviços públicos – movimentava-se o Estado, atuando em regime de direito público, em manifestações típicas de poder político. Na segunda – a da iniciativa econômica – atuavam unidades do setor privado, em regime de direito privado, dinamizando manifestações típicas de poder econômico. Em ambas, sob motivações diversas – interesse social e interesse individual – realizavam-se atividades de prestação de bens e serviços ao público ou a categorias de pessoas, restando nítidos porém os discrímens que as apontavam como serviço público e iniciativa econômica. Já modernamente há profunda interpenetração entre aquelas duas áreas – no campo da atividade econômica. Passa o Estado a desenvolver não apenas atividades expressivas de manifestações de poder político, atuando também no âmbito da iniciativa econômica. Por outro lado, as empresas do setor privado não se limitam apenas a atuar no âmbito da iniciativa econômica, passando a contribuir – na condição de permissionários ou concessionários – de modo marcante na execução de serviços públicos. Se, por um lado, o serviço público já não pode ser referido como atividade sujeita a regime exclusivo de direito público, também a iniciativa econômica – do setor privado – é inadequadamente referida quando a ela aludimos como atividade sujeita exclusivamente a regime de direito privado. Tamanha a interpenetração entre as duas áreas que, na tentativa de alinharmos uma solução de descrição conciliadora, da atuação do Estado e das empresas privadas no campo da atividade econômica, poderíamos dizer que o *serviço público* desenvolvido pelas empresas privadas, em regime de concessão ou permissão, consubstancia *iniciativa econômica*, ao passo que a *iniciativa econômica* desenvolvida por empresa estatal consubstancia *serviço público*. Resta de tudo a evidência de que, ao nos envolvermos no empreendimento da busca da definição precisa da noção de iniciativa econômica – atividade econômica, na linguagem do art. 170 da Emenda Constitucional 1/69 – trabalhamos sobre conceitos em crise. Isso nos

Mas é preciso perceber que, além da doutrina, as próprias normas jurídicas se valem de distinções para definir as hipóteses sobre as quais elas incidirão. Aqui, ao contrário das distinções doutrinárias, há vinculação do operador do direito ao resolver questões jurídicas sobre empresas estatais.³² A seguir, destacaremos três distinções

levará, adiante, à consideração da noção de serviço público e, de imediato, a uma necessária e indispensável autocritica.” (*Ob. Cit.*; págs. 90 e 91, grifos do original).

³¹ Abordando o problema da crise do conceito de serviço público, Carlos Ari Sunfeld questiona a sua própria viabilidade atual: “7. As noções de regulação e de serviço público. Para designar sinteticamente tudo o que fazem as entidades mencionadas [as agências reguladoras], passou-se a falar, com um certo sotaque inglês, de regulação. O conceito exato dessa figura é ainda muito incerto e flutuante, inclusive na legislação. Contudo, para além dos detalhes, o seu surgimento tem, para os publicistas, um interesse doutrinário não-desprezível: o de oferecer um caminho que supere o impasse causado pela inutilidade, a essa altura, do velho *conceito de serviço público*. O fenômeno da reestruturação dos serviços de titularidade estatal (energia, telecomunicações, saneamento, transportes etc.) está produzindo uma importante alteração do Direito Administrativo, cujos modelos teóricos devem, em grande medida, ser reinventados. Durante bom período o conceito de serviço público serviu para razoavelmente sintetizar o regime jurídico da exploração dessas diversas atividades. É bem verdade que essa noção veio se modificando no tempo, tornando-se pouco a pouco muito problemática; além disso, por ter sido usada para englobar serviços os mais distintos, com as respectivas especificidades, seu conteúdo jamais foi suficiente para dar conta dos problemas e características particulares de cada um deles. Tratava-se, todavia, de noção útil. Hoje não o é mais, ao menos da mesma forma que antes. Duas razões foram fundamentais para isso. A primeira é que o conceito ficou excessivamente vinculado a um dado modelo econômico de exploração do serviço, que está sendo abandonado em todo o mundo, no Brasil inclusive, caracterizado especialmente pela exploração monopolista, não-concorrencial, por meio de empresas estatais. Aparentemente, essa mudança poderia ser enfrentada, no âmbito doutrinário, dando-se um novo conteúdo à noção de serviço público, adaptando-o aos novos tempos e ao novo modelo. Mas a segunda razão é mais séria, pois põe em dúvida a própria viabilidade de existir um conceito de síntese como o de serviço público foi no passado. Nos primórdios os serviços em causa eram muito simples, tanto do ângulo tecnológico como no da organização econômica; conseqüentemente, sua disciplina jurídica não era muito complexa, resumindo-se ao tratamento de algumas poucas questões. Mas isso mudou radicalmente: cada serviço estatal, hoje, é objeto de um universo jurídico com peculiaridades muito próprias, não sendo mais viável, portanto, explicar tudo globalmente. É preciso, agora, consultar as normas e verificar como, em relação a cada serviço e situação, manifestam-se múltiplas e sofisticadas competências do Estado (legislativas, administrativas e mesmo jurisdicionais), que têm de ser identificadas analiticamente: habilitar as empresas a atuar no mercado (concedendo, autorizando, permitindo, licenciando etc.), fixar ou controlar preços e tarifas, obrigar ao atendimento de certas demandas de consumidores, impor limites, encargos e sujeições em função do desempenho da atividade – e assim por diante. Simplesmente não faz sentido, na atualidade, supor que as respostas a muitas dúvidas cruciais (exemplo: Pode-se negar o serviço a consumidor inadimplente? Pode haver liberdade para o próprio prestador determinar seu preço? Há responsabilidade do Estado em virtude dos danos gerados pela execução de serviços por empresa autorizada?) serão encontradas por meio da operação simplista de identificar o caráter público ou privado do serviço em causa, que teria o mágico condão de determinar a aplicabilidade de um regime jurídico geral. Daí a mudança total de enfoque. Não se cuida mais de discutir o caráter público ou privado de certo serviço, mas sim de identificar como ele é regulado pelo Estado no tocante ao aspecto tal ou qual. *A tudo isso se soma o processo de convergência dos modelos econômicos de exploração dos serviços de titularidade estatal – agora entregues à iniciativa privada e abertos à competição – com os das demais atividades econômicas. Evidentemente, isso tende a aproximar também os respectivos modelos jurídicos, retirando da noção de serviço público uma de suas funções, que era a de afirmar a especificidade do regime jurídico.*” (“Introdução às agências reguladoras” in SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros e sbdp, 2002; págs. 31 a 33, grifei).

³² Essa diferenciação – entre distinções doutrinárias e distinções normativas – é relevante na interpretação do regime jurídico das empresas estatais. As distinções buscam separar realidades distintas por meio da ênfase das diferenças dos objetos, servindo como “ferramentas” ao intérprete, que as utiliza no ofício de definir a incidência ou não de uma norma a uma dada situação de fato. Como o uso de uma distinção pode implicar numa não-incidência de norma, é preciso ter claro que apenas as distinções feitas por

normativas importantes envolvendo empresas estatais, cuja consideração é necessária na interpretação do regime jurídico das empresas estatais.

A primeira distinção normativa atenta para a composição do capital social das empresas estatais, usando como critério diferenciador a existência de capitais privados. Conta aqui a origem dos capitais societários, se provenientes das pessoas estatais ou se de propriedade de particulares. Nessa perspectiva, as normas dividem as empresas estatais em empresas públicas, quando seus sócios ou acionistas, um ou mais, forem *apenas* entidades estatais, e em sociedades de economia mista, quando há *conjugação* de capitais públicos e privados.³³

A segunda distinção normativa diz respeito à própria forma jurídica das empresas estatais. Todas as empresas estatais são, necessariamente, pessoas jurídicas de direito privado instituídas como sociedades, mas há variação quanto à forma societária que assumem. As sociedades de economia mista só podem possuir a forma de sociedade anônima (art. 5º, III, do Decreto-lei 200/67). Já as empresas públicas podem ser sociedades anônimas, mas também podem ser sociedades limitadas, uma vez que a elas é permitido “revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito” (art. 5º, II do Decreto-lei 200/67).

A terceira distinção criada pelas normas jurídicas atenta para a relação da empresa estatal com o ente federativo que, direta ou indiretamente, a controla. Se a sociedade controlada depende do recebimento de “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” da entidade controladora, ela é uma empresa estatal dependente (Lei Complementar 101/2000, art. 2º, III). Ao

normas jurídicas vinculam os operadores do direito, o que não ocorre com as distinções criadas pela doutrina, que são meramente sugestivas. Cremos ser pertinente a observação diante de um tema que, como o escolhido, é complexo e acidentado. Para analisar o regime jurídico das empresas estatais, procuraremos evitar a prática de vícios interpretativos que levem à desconsideração ou à desvalorização das normas jurídicas diante de dogmas doutrinários.

³³ O Decreto-lei 200/67, modificado pelo Decreto-lei 900/69, cunhou estas categorias da seguinte forma: “Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: (...) 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; 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.”. O próprio Decreto-lei 900/69 guarda norma importante para a conceituação de empresa pública: “Art. 5º Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da Empresa Pública (artigo 5º inciso II, do Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967), a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.”.

reverso, se ela não depende do recebimento de tais recursos financeiros da entidade controladora, ela é uma empresa estatal não dependente.³⁴⁻³⁵

II.3) Regime jurídico das empresas estatais: peculiaridades, limitações e privilégios

As empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado, diferenciando-se das pessoas jurídicas de direito público já no momento de sua criação (art. 5º, II e III do Decreto-lei 200/67 c/c art. 40 do Código Civil/02).³⁶ Tal diferenciação decorre, inicialmente, da sua personalidade jurídica, que lhes propicia vida própria em relação à entidade estatal criadora, e é complementada pela circunstância de serem *pessoas sob regime jurídico predominantemente de direito privado*, no que se opõem à entidade estatal que, direta ou indiretamente, as controla, que é *pessoa sob regime jurídico*

³⁴ A Lei de Responsabilidade Fiscal assim dispõe: “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;”. Esta norma é complementada pelo art. 18, *caput* da Lei 4.320/64, que fixa normas gerais de direito financeiro para os entes federativos, nos seguintes termos: “Art. 18. A cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas, de natureza autárquica ou não, far-se-á mediante subvenções econômicas expressamente incluídas nas despesas correntes do orçamento da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal.”. Assim, empresa estatal dependente é aquela que depende do recebimento de subvenção econômica do seu ente controlador para a cobertura de seus déficits de manutenção, que são justamente as suas despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital. O raciocínio foi feito por Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza: “De fato, já se pode constatar a partir da mera redação do art. 2º, III, da LRF que a empresa estatal dependente será somente aquela que receba recursos do respectivo controlador com a finalidade de cobertura de suas despesas (com pessoal ou de custeio em geral ou de capital). A LRF só pode estar-se referindo à empresa estatal beneficiária da subvenção econômica prevista no *caput* do art. 18 da Lei 4.320/64, e não à empresa estatal que, a título de reembolso, receba as demais espécies de subvenção econômica [a subvenção aos consumidores e a subvenção aos fornecedores, tratados no parágrafo único do art. 18 desta lei]. A *subvenção econômica à empresa* é, justamente, o tipo de subvenção que visa à cobertura dos déficits de manutenção das estatais – déficits estes que nada mais são do que aqueles gerados por despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, conforme estabelece o inciso III do art. 2º da LRF.” (“A superação da condição de empresa estatal dependente” in OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coordenadores). *Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006; págs. 799 e 800).

³⁵ Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza explicam os motivos que levaram à formação dessa distinção: “Apesar da existência deste regime jurídico básico, inerente a toda empresa estatal, há de se ter em vista que a Emenda Constitucional nº 19/98, editada no âmbito da Reforma da Administração Pública brasileira em meados dos anos 90, inseriu importante discriminação entre as empresas estatais. Estas foram distinguidas, basicamente, em duas espécies: i) as que recebem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral; e ii) as que não recebem recursos deste tipo. Tal discriminação foi claramente inspirada em dois objetivos básicos da Reforma Administrativa dos anos 90: a responsabilidade fiscal do Estado e a eficiência da Administração Pública. De fato, o controle dos gastos realizados pelo Tesouro com repasses a empresas estatais certamente auxiliaria no esforço de responsabilidade fiscal. Daí a necessidade de se apartar as empresas financeiramente dependentes do Estado, de um lado, daquelas não dependentes ou auto-suficientes em termos financeiros, de outro. Feita a separação, as empresas dependentes passariam a se submeter a um controle fiscal mais rígido que as demais. Paralelamente, criariam-se mecanismos de incentivo à eficiência das empresas dependentes, de forma que, paulatinamente, elas pudessem se tornar financeiramente auto-suficientes.” (*Ob. Cit.*; pg. 795).

³⁶ O dispositivo do Código Civil tem a seguinte redação: “Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.”.

predominantemente de direito público. As empresas estatais, ostentando personalidade de direito privado, assumem a forma jurídica de *sociedade*.

As empresas estatais *têm personalidade jurídica*. Essa constatação é essencial para a compreensão do perfil jurídico de tais entidades estatais. Uma estatal integra o aparelho administrativo, constitui a administração pública, mas o faz com autonomia diante da entidade estatal que a criou, e com ela não se confunde. Por isso, as estatais não são apenas sujeitos de direitos: são pessoas jurídicas. O universo jurídico vê uma empresa estatal surgir já como pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações, com objeto social próprio e autorizada para a prática de atos jurídicos, nos termos da lei que autoriza a sua instituição e de seu estatuto social (art. 37, XIX da Constituição Federal). Como centro subjetivado de deveres e direitos, a empresa estatal se relaciona, ela própria e não a entidade estatal controladora, com outras pessoas jurídicas. Da sua personalidade jurídica deriva a autonomia patrimonial: a empresa estatal é proprietária de um conjunto de bens, que não se confunde com os da entidade estatal criadora, e possui capacidade jurídica para geri-lo com a prática dos atos jurídicos necessários. A sua personalidade jurídica também se revela por sua capacidade postulatória em juízo, onde pode demandar e ser demandada para responder por seus atos, com autonomia perante a entidade estatal controladora.³⁷ A personalidade jurídica pode ainda ser vista no cotidiano empresarial de tais entidades estatais: as estatais têm sede; têm nome empresarial; possuem um capital social repartido entre seus sócios ou acionistas, que têm deveres e direitos derivados dessa condição e instrumentos próprios para exercê-los; possuem órgãos internos, como o conselho fiscal e o conselho de administração; realizam assembleias; seus sócios e acionistas deliberam para a tomada de decisões da

³⁷ Um exemplo dessa assertiva ocorre quando uma sociedade de economia mista federal – como o BANCO DO BRASIL S.A., a PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S.A. ou a ELETROBRÁS – Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – atua em juízo. A não ser que a União, o ente estatal que a controla, decida intervir no processo, a competência jurisdicional será exercida pela Justiça Estadual. A norma consta do art. 109, I da Constituição, que diz competir à Justiça Federal o julgamento de causas envolvendo a União, as autarquias e empresas públicas federais, mas não as sociedades de economia mista federais, cujo foro é o da Justiça Estadual. A separação de competências jurisdicionais – da Justiça Estadual para as sociedades de economia mista federais e da Justiça Federal para a União, controladora de tais empresas estatais – demonstra a autonomia em juízo das empresas estatais. A exceção da regra – quando a União decida intervir no processo, a competência passará a ser da Justiça Federal – também a demonstra, uma vez que é a presença da União, e não a da sociedade de economia mista controlada, que desloca a competência para a Justiça Federal. Tal norma deriva diretamente do dispositivo constitucional e está cristalizada nas Súmulas 508, 517 e 556 do Supremo Tribunal Federal (“Súmula 508 – Compete à Justiça Estadual, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas em que for parte o Banco do Brasil S.A.” – Aprovada na Sessão Plenária de 03/12/1969; “Súmula 517 – As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente” – Aprovada na Sessão Plenária de 03/12/1969; e “Súmula 556 – É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.” – Aprovada na Sessão Plenária de 15/12/1976).

vida da empresa; devem adotar sistema de contabilidade, realizar a escrituração dos seus livros, levantar balanços patrimoniais e resultados econômicos e elaborar demonstrações financeiras; decidem como destinar os resultados do exercício social. A personalidade jurídica das estatais também é evidenciada nos seus momentos de nascimento e de morte, que exigem atos formais de inscrição no registro público e de processo dissolutório, que inclui a fase de liquidação.

As empresas estatais têm personalidade jurídica *de direito privado*. Seu regime jurídico parte de normas que podem ser consideradas como próprias do direito privado. Pode-se afirmar que o regime jurídico de tais entidades é *predominantemente* de direito privado, em oposição às entidades estatais cuja personalidade jurídica é de direito público. Dizer que o regime jurídico é predominantemente de direito privado ou de direito público significa apontar para o *conjunto de regras básicas* regentes da vida da pessoa jurídica. Sobre tais regras incidirão outras, excepcionais em relação ao regime jurídico inicial. Assim, sobre pessoas estatais de direito privado podem incidir algumas normas próprias do direito público, do mesmo modo que pessoas estatais de direito público podem ser sujeitas a certas normas de direito privado. Os qualificativos, portanto, não se referem a blocos condensados de normas, imunes à interferência de regras da espécie contrária, rigidamente separados e hermeticamente lacrados um ao outro. Ao contrário, os regimes jurídicos das diferentes espécies de entidades estatais sofrem interferências mútuas; o que muda é a base, o conjunto do qual parte o feixe normativo que engloba as pessoas jurídicas, que variará conforme se esteja diante de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado.

As empresas estatais são, necessariamente, pessoas jurídicas de direito privado *instituídas sob a forma de sociedade*.³⁸ Tendo finalidade econômica, ainda que em sentido amplo, como para a prestação de serviços públicos, as empresas estatais não podem ser associações, as quais possuem fins não econômicos.³⁹ Resultando de uma união de esforços (sociedade pluripessoal) ou de um direcionamento de esforços (sociedade unipessoal) para fins econômicos (ainda que para a prestação de serviços públicos), as empresas estatais não podem ser fundações, as quais consistem na afetação

³⁸ O Código Civil classifica as espécies de pessoas jurídicas de direito privado: “Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações; IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos.”

³⁹ Na redação do Código Civil: “Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.”

de um patrimônio para fins de interesse geral, que não podem ser lucrativos.⁴⁰ As empresas estatais certamente também não podem ser qualificadas como organizações religiosas ou partidos políticos.

As empresas estatais são sociedades porque seus *fins são econômicos*. Com isso se quer dizer que nunca uma estatal terá uma finalidade que não seja considerada econômica. Seja na prestação de serviços públicos, seja na atuação em atividades que não são de titularidade estatal, sempre se poderá verificar finalidade econômica albergada no objeto social das estatais. É nesse sentido que, entendemos, devem ser lidos os conceitos legais de *empresa pública* e de *sociedade de economia mista*, quando falam em “exploração de atividade econômica” por tais entidades (art. 5º, II e III do Decreto-lei 200/67).⁴¹ Em outros termos, a atuação das estatais é econômica, porque este é o melhor meio, segundo decisão do legislador, para a realização de seu objeto social, quer se esteja diante de serviço público ou não.

É da personalidade jurídica escolhida pelo legislador que deriva o *regime jurídico básico* aplicável às entidades estatais, que poderá ser de direito público ou de direito privado. No caso das empresas estatais, cuja escolha é pela personalidade jurídica de direito privado na forma de sociedade, o regime jurídico básico é o

⁴⁰ O Código Civil prescreve: “Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.” Tratando dos possíveis campos de atuação das fundações estatais diante de tal dispositivo, Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pinto de Campos e Henrique Motta Pinto sustentam: “A leitura do parágrafo único pode levar o intérprete, de início, à impressão de que o rol de finalidades ali encartado é taxativo, não comportando nenhuma extensão. No entanto, não se deve realizar uma interpretação restritiva de tais qualificativos, com apego ao seu sentido mais estrito. Na verdade, o intento do dispositivo foi impossibilitar a criação de fundações com fins lucrativos – que, embora juridicamente esdrúxulas já pela lei anterior, haviam surgido em profusão no mundo privado. Para isso, previu aqueles outros fins, que são nitidamente antagônicos à idéia de lucratividade. Em outras palavras, quis o legislador civil garantir que os fins de toda e qualquer fundação sejam de interesse geral, podendo abarcar ampla gama de propósitos.” (“Regime jurídico das fundações governamentais” in SUNDFELD, Carlos Ari e MONTEIRO, Vera (Coordenadores). *Introdução ao Direito Administrativo – Série GVlaw*. São Paulo, Saraiva e DireitoGV, 2008; pg. 284).

⁴¹ Essa leitura é reforçada quando são analisados os conceitos de “autarquia” e de “fundação pública” constantes do Decreto-lei 200/67. Na comparação entre os conceitos das entidades da administração indireta, percebe-se que a existência ou não de fins econômicos foi o critério usado pelo Decreto-lei para diferenciar as empresas públicas e as sociedades de economia mista das autarquias, cuja finalidade é a execução de “atividades típicas da Administração Pública”, e das fundações, que não possuem fins lucrativos e são criadas “para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público”. Veja-se os referidos conceitos legais: “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. (...) 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.”

empresarial, de direito privado, aplicável tanto para as empresas estatais quanto para as empresas do setor privado. Há, portanto, um *conjunto normativo comum* às empresas estatais e às empresas do setor privado, incidente por força da personalidade jurídica de direito privado que ostentam.

Por isso, é importante perceber que o ato de instituição de uma empresa pelo Estado contém, em si, *uma opção pelo formato empresarial*, consistente na submissão da nova pessoa jurídica a normas comuns, típicas do direito privado, que sobre ela incidirão assim como incidem sobre as empresas do setor privado. Ao criá-la como sociedade, o Estado escolhe sujeitar a estatal a determinado regime jurídico básico, o de direito privado. Essa submissão voluntária ao regime jurídico básico de direito privado decorre da própria escolha, pelo Estado, da personalidade jurídica de direito privado para a nova entidade estatal.

Perceba-se que essa conclusão independe da atuação que virá a ter a empresa estatal: a opção do Estado pela forma empresarial é válida por si só, porque decorrente da personalidade jurídica de direito privado encampada para a nova entidade estatal, entendida como o melhor formato estrutural para o desempenho do seu objeto social. Seja a sua atuação realizada em serviços de titularidade da pessoa de direito público que a controla, seja em outras atividades situadas fora do domínio dessa, em disputa com outras empresas ou não, o regime empresarial foi o escolhido para a regência da vida da nascida entidade da administração pública. Isso significa dizer que a atuação na prestação de serviços públicos não infirma o caráter empresarial das estatais, talhado no seu momento de nascimento, por opção do Estado criador, e que lhe é essencial. A personalidade de direito privado é um traço necessário das empresas estatais, e não pode ser suprimida sem que a entidade estatal perca a própria condição que lhe dá identidade.

A opção do Estado é formada pela conjunção de atos dos poderes executivo e legislativo. É necessária lei específica para autorizar a instituição de empresa estatal, e a iniciativa privativa dessa lei é do poder executivo, já que envolve a criação de um órgão da administração pública (CF/88, art. 61, § 1º, inciso II, alínea *e* c/c art. 37, inciso XIX). Observa-se, portanto, que a *criação* de uma empresa estatal é uma escolha típica de *organização administrativa*, o que justifica que: a) seja necessário o processo legislativo, e que b) a sua iniciativa seja reservada ao executivo. Essa distribuição de atribuições promove um balanceamento de forças entre os poderes estatais, uma vez que nenhum deles pode instituir por si só a estatal, precisando o executivo que o legislativo o autorize a tanto, e o legislativo que o executivo inicie esse processo.

Há, como se pode observar, um significado político relevante na criação de uma empresa estatal, que não pode ser desprezado na interpretação do seu regime jurídico. Ao propor ao legislativo a instituição de uma empresa do Estado, o executivo apresente razões para o formato empresarial, buscando convencê-lo de que é a melhor conformação para a nova entidade estatal. E o legislativo pode opor razões contrárias a esta opção pela figura empresarial. Se o legislativo ao final concordar, nascerá uma nova pessoa jurídica estatal, para a qual o criador terá decidido adotar a roupagem empresarial.

Vê-se que a opção do Estado em constituir empresa é realizada num contexto de organização da administração pública e por meio de um processo que é propício à discussão pública das razões da adoção do formato empresarial. Desde sua concepção, no âmbito do poder executivo, estão envolvidos motivos organizacionais que estimulam o processo do qual resultará uma empresa estatal.⁴² Existe, então, um sentido de escolha própria de organização administrativa pelo Estado, informada por um processo político específico que deságua no surgimento de uma empresa estatal.

Mas a opção do Estado por um regime jurídico básico de direito privado, decorrente da personalidade de direito privado que atribuiu à empresa estatal criada, não impede que sobre ela incidam normas de outra espécie, que não recaem sobre as empresas do setor privado. Deste modo, o regime jurídico das empresas estatais é complementado por *normas próprias*, assim consideradas por não serem também aplicáveis às empresas do setor privado. Elas é que diferenciarão o regime jurídico das empresas estatais diante do regime jurídico das empresas do setor privado, dando

⁴² Humberto Falcão Martins e Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Júnior explicam as preocupações da ciência da administração pública com a organização administrativa: “Organização governamental, autonomia e diferenciação. Organização governamental é um campo de políticas de gestão pública que inclui a concepção, a implantação e a avaliação de estruturas organizacionais (nas perspectivas macro e microgovernamentais) e de modelos institucionais – ou seja, a tipologia de entes públicos e privados que atuam na esfera pública, incluindo-se formas de parceria e relacionamento entre eles. A questão central da organização governamental é: qual o melhor desenho de estrutura governamental, que tipo(s) de arranjo(s) e sob quais condições melhor proporcionam (ao menor custo) a realização das estratégias de governo? (...) Tentativas de respostas à questão seminal (qual o melhor desenho de estrutura governamental?) se desdobram de diferentes e complementares formas ao abrigo de distintas orientações teóricas, sustentando-se, sucintamente, que: a) não há um único melhor desenho; as opções de desenho são sempre específicas e contingenciais; as estruturas são dinâmicas e mudam, em maior ou menor extensão, em função de determinantes internos e externos; b) a escolha dos desenhos organizacionais não é puramente racional, há, com efeito, funções simbólicas e limitações à racionalidade e, sobretudo; c) o melhor desenho é o aquele que melhor realiza a estratégia.” (“Organização governamental – problemas e soluções em perspectiva conceitual e da administração pública brasileira” in MODESTO, Paulo (Coordenador). *Nova organização administrativa brasileira – estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte, Fórum e IBDP, 2009; pg. 247).

identidade jurídica autônoma às estatais e permitindo a separação entre tais espécies de empresas, assim como a constituição de categorias classificatórias distintas.⁴³ E a incidência de tais normas próprias decorre justamente da circunstância de as empresas estatais comporem a administração pública, sendo, por isso, entidades estatais.

Portanto, como entidades estatais com personalidade jurídica de direito privado, as empresas estatais têm seu regime jurídico básico formado a partir das normas de direito privado. Sobre este regime normativo básico é que incidirão normas próprias, que excepcionalmente afastarão as normas de direito privado para substituí-las por normas de direito público. Por isso, tais normas próprias podem ser categorizadas como *excepcionalidades*, que podem ser de três espécies, conforme elas sejam neutras, restritivas ou vantajosas, diante das normas excepcionadas. Falaremos, assim, em peculiaridades, limitações e privilégios, respectivamente.

⁴³ Celso Antônio Bandeira de Mello faz análise semelhante a partir, inicialmente, das sociedades de economia mista: “*A sociedade de economia mista submete-se a certas regras jurídicas especiais que, sem desnaturar-lhe o caráter mercantil, lhe conferem uma feição original, peculiar, no confronto com as demais sociedades comerciais.* Se a sociedade de economia mista fosse caracterizada pura e simplesmente como pessoa que reúne recursos governamentais e particulares, ter-se-ia, do ponto de vista jurídico, apenas uma figura mercantil, sem qualquer conotação especial a solicitar juridicamente um conceito específico. (...) Portanto, o pressuposto lógico compulsório e inafastável, postulador de uma definição de sociedade mista, é a singularidade de seu regime em confronto com os demais regimes de outras sociedades existentes. Com efeito, se o regime de tais entidades fora rigorosamente o mesmo das sociedades mercantis, delas não se diferenciaria perante o Direito, dispensando pois a construção de um conceito próprio; se, inversamente, seu regime fora igual ao das administrações públicas personalizadas, coincidiria com a notória – embora mal definida – figura da pessoa autárquica. Em suma: o conceito de sociedade de economia mista, para ser juridicamente substante, necessita corresponder a uma situação original, sob prisma do Direito. Cumpre esclarecer que toda originalidade em Direito significa singularidade de regime jurídico e não de substrato material ou de critérios técnico, de organização, ou econômico. Em conclusão: toda e qualquer sociedade de economia mista, para que assim se possa qualificar, supõe, necessariamente, a existência de certas normas singulares, específicas, justamente aquelas que assinalam o especial interesse do Estado na atividade que desenvolve e no modo por que o faz. É precisamente este traço o elemento revelador de sua originalidade em relação às sociedades privadas em geral.” Depois, aplica o raciocínio para as empresas públicas, destacando a sua unipessoalidade como diferença adicional às sociedades privadas: “Finalmente, sempre em estreita afinidade com as sociedades de economia mista, as empresas públicas sofrem o influxo de certas regras especiais que, sem desnaturar-lhes o caráter privado, marcam seu especial relacionamento com o Estado e realçam sua especificidade: serem um instrumento de ação do Poder Público, por ele constituído com tal finalidade. É justamente na presença destas normas especiais que se retrança sua originalidade no confronto com as demais sociedades comerciais. Juridicamente não se constituem em sociedade mercantil como outra qualquer, porque seu regime apresenta, no contraste com elas, alguma desigualdade, um traço diferencial, uma conotação jurídica – isto é, de disciplina normativa – individualizadora. Este traço de discrimen, esta nota especificadora é, perante o Direito, a circunstância de sofrerem o impacto das normas especiais aludidas, que lhes firma o caráter de pessoas instrumentais do Estado. Mas, além desta, outra diferença pode existir entre as sociedades comerciais comuns e as empresas públicas, a saber: assim como as empresas públicas podem resultar da conjugação de recursos públicos de diversa origem, dando margem a uma sociedade entre diferentes pessoas governamentais, podem também se constituir em ‘sociedade de um só membro’; ou seja, quando formadas por recursos de uma só pessoa de direito público, o que é extremamente comum, ter-se-á uma ‘sociedade’ de um só acionista. Está visto que tão estranha figura não existe entre as sociedades mercantis comuns, só podendo ocorrer no caso de empresas públicas.” (*Ob. Cit.*; págs. 103, 104, 105, 132 e 133, grifei).

O que explica a existência de excepcionalidades ao regime jurídico empresarial básico é o fato de as estatais pertencerem à administração pública. Por serem parte do Estado, tais empresas estão sujeitas a determinadas regras diferenciadas, que não são aplicáveis às empresas do setor privado justamente por não integrarem organicamente a administração pública.

O estudo das empresas estatais deve, então, observar as excepcionalidades do seu regime jurídico. Como existem normas que excepcionam o regime jurídico empresarial básico, é preciso compreendê-las para perceber que diferenças trazem ao regime jurídico das empresas estatais. Mas a análise das normas que trazem excepcionalidades não prescinde da comparação com as normas aplicáveis às empresas do setor privado, pois só assim torna-se possível perceber as diferenças pontuais nos regimes jurídicos, o que é importante para uma reflexão sobre as regras próprias das estatais. Ou seja, para compreender as excepcionalidades, é preciso confrontá-las com o regime jurídico empresarial, das empresas do setor privado.

Deve-se atentar para a circunstância de que as excepcionalidades podem tanto limitar a atuação empresarial das estatais quanto propiciar-lhes vantagens diante das empresas do setor privado. As excepcionalidades ora restringem a ação do Estado-empresário⁴⁴, ora concedem às estatais benefícios inacessíveis às empresas do setor privado. Se as normas forem da primeira espécie, serão *limitações*, e, se forem da segunda espécie, serão *privilégios*. Há também determinadas normas que não geram restrições ou vantagens, o que lhes traz um caráter de neutralidade. São as *peculiaridades*. Deve-se notar que o parâmetro para a identificação de limitações, privilégios e peculiaridades será o regime jurídico empresarial básico, seguido integralmente pelas empresas do setor privado. A descoberta da espécie de norma própria vem do seu confronto com a norma comum, sempre seguida pelas empresas do setor privado.

II.3.1) As peculiaridades

⁴⁴ A expressão “Estado-empresário” é aqui utilizada como sinônimo de “empresas estatais”. Logo, quando empregá-la no texto desta pesquisa, estarei remetendo amplamente ao fenômeno do uso, pelo Estado, do formato empresarial, independentemente das suas finalidades específicas. Considero, portanto, como “Estado-empresário” também as empresas estatais em cujo objeto social esteja envolvida a prestação de serviço público.

Peculiaridades são regras próprias aplicáveis às empresas estatais, mas que não chegam a restringir a atuação do Estado-empresário e nem a lhe propiciar vantagens diante das empresas do setor privado.

Um exemplo de norma própria dessa categoria é o da competência da Justiça Federal para processar e julgar as causas em que *empresa pública federal* for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente, com exceção das de falência, acidentes do trabalho e sujeitas à Justiça do Trabalho (art. 109, I da Constituição)⁴⁵. Não chega a constituir-se em uma vantagem para as empresas públicas federais possuírem foro na Justiça Federal, e não na Estadual. A norma, que parece ter motivação em razões de administração judiciária, não beneficia diferenciadamente as empresas públicas federais e nem afeta o acesso à justiça das empresas do setor privado (e nem mesmo o das sociedades de economia mista federais e demais empresas estatais de outros entes federativos, cujo foro também é o da Justiça Estadual). E muito menos cria restrição à atuação empresarial das empresas públicas federais. Há, então, um caráter neutro nessa norma própria aplicável às empresas públicas federais.

A norma vem de regimes constitucionais pretéritos, e está sumulada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido constam as suas Súmulas: 508, que declara a competência da Justiça Estadual para o julgamento de causas envolvendo o BB - Banco do Brasil S.A., que é uma sociedade de economia mista⁴⁶; 517, que só permite a atuação das sociedades de economia mista perante o foro da Justiça Federal quando há intervenção da União⁴⁷; 556, que declara a competência da Justiça comum, em oposição à Justiça Federal, para julgar as causas em que qualquer sociedade de economia mista é parte⁴⁸; e 557, que declara a Justiça Federal competente para julgar causas em que são partes as empresas públicas federais COBAL – Companhia Brasileira de Alimentos e CIBRAZEM – Companhia Brasileira de Armazenamento⁴⁹.

⁴⁵ Que assim prescreve: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”.

⁴⁶ “Súmula 508 – Compete à Justiça Estadual, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas em que for parte o Banco do Brasil S.A.” – Aprovada na Sessão Plenária de 03/12/1969.

⁴⁷ “Súmula 517 – As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente.” – Aprovada na Sessão Plenária de 03/12/1969.

⁴⁸ “Súmula 556 – É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.” – Aprovada na Sessão Plenária de 15/12/1976.

⁴⁹ “Súmula 557 – É competente a Justiça Federal para julgar as causas em que são partes a COBAL e a CIBRAZEM.” – Aprovada na Sessão Plenária de 15/12/1976.

Recentemente, o entendimento do STF foi reafirmado em caso envolvendo a ELETROBRÁS – Centrais Elétricas Brasileiras S/A, que tentou, sem sucesso, interpor agravo de instrumento de decisão de Tribunal de Justiça, a qual reconheceu a competência da Justiça Estadual para decidir ação de cobrança envolvendo o empréstimo compulsório instituído pela União em prol da estatal. Por ser a ELETROBRÁS sociedade de economia mista, o STF entendeu competente a Justiça Estadual e negou seguimento ao agravo de instrumento. Trata-se do **Caso ELETROBRÁS (2009)**.⁵⁰

Mesmo envolvendo uma empresa pública federal, a regra foi excepcionada num conflito entre a IMBEL – Indústria de Material Bélico do Brasil e uma autarquia federal, o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social. Nesse caso, o STF negou a pretensão da estatal de ver configurada a competência da Justiça Federal para apreciação do feito. Como a sede da IMBEL localizava-se em município onde não há Vara do Juízo Federal, a Segunda Turma do Tribunal aplicou o § 3º do art. 109 da Constituição⁵¹, que permite à legislação ordinária excepcionar a competência da Justiça Federal na hipótese. Diante de norma legal que diz competir aos juízes estaduais o julgamento dos processos de execução fiscal de autarquias federais contra devedores localizados em comarcas onde não há vara da Justiça Federal, o STF, considerando o fato de a IMBEL ser a executada, entendeu que a competência era da Justiça Estadual. Trata-se do **Caso IMBEL (2005)**.⁵²

II.3.2) As limitações

Limitações são normas próprias às empresas estatais, que impõem restrições à atuação empresarial do Estado. Elas decorrem da circunstância de as empresas serem controladas, direta ou indiretamente, por uma pessoa jurídica de direito público. Esta relação de controle por uma pessoa de direito público faz com que a empresa seja estatal, e assim sofra o influxo de normas incidentes sobre a administração pública.

⁵⁰ Agravo de Instrumento 560.198/MG (Decisão monocrática do Min. Joaquim Barbosa, julgada em 30/11/2009).

⁵¹ Assim redigido: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) § 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.”

⁵² Recurso Extraordinário 390.664/SP (2ª Turma, Relª. Minª. Ellen Gracie, j. 23/08/2005). O entendimento foi mantido em outro caso opondo a IMBEL ao INSS, cujo resultado foi idêntico (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 232.472/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 24/06/2008).

Aplicam-se à empresa regras restritivas, típicas e necessárias a uma entidade estatal, que limitam e condicionam a sua vida empresarial.⁵³

Uma norma própria das empresas estatais considerada como limitação é a que institui o *dever de licitar* para contratar serviços e obras, alienar e comprar bens (CF, art. 22, XXVII c/c art. 37, XXI c/c art. 173, § 1º, III).⁵⁴ O dever de licitar das empresas estatais está previsto na Constituição Federal de 1988, desde sua redação originária.

Em seu texto original, os dispositivos que instituíam essa obrigação das empresas estatais eram o inciso XXI do art. 37 e o inciso XXVII do art. 22.⁵⁵ Tais dispositivos são regulados, desde 1993, pela Lei 8.666, cujas normas alcançam

⁵³ Celso Antônio Bandeira de Mello afirma: “4. As entidades constituídas à sombra do Estado para produzir utilidade coletiva e que manejam recursos captados total ou majoritariamente de fontes públicas têm que estar submetidas a regras cautelares, defensivas quer da lisura e propriedade no dispêndio destes recursos, quer de sua correção na busca de objetivos estatais. Assim, embora dotadas de personalidade de direito privado, é natural que sofram o influxo de princípios e normas armados ao propósito de proteger certos interesses e valores dos quais o Estado não se pode evadir, quer atue diretamente, quer atue por interpostas pessoas. Exigências provenientes, explícita ou implicitamente, da própria noção de Estado de Direito, bem como as que procedem da natureza dos encargos estatais, impõem o afluxo de cânones especificamente adaptados às missões estatais. Pouco importando, quanto a isto, esteja o Poder Público operando por si mesmo ou mediante pessoas que o coadjuvam em seus misteres. (...) Dessarte, é preciso admitir sem reboços que os sujeitos de direito ancilares do Estado, conquanto venham a receber rótulos de pessoas de direito privado, não podem eludir suas naturezas essenciais de coadjuvantes do Poder Público. Disto resultará, inexoravelmente, uma força imantadora que faz atrair sobre elas e sobre suas missões a incidência de preceitos publicísticos. 15. Para recusar esta conclusão ter-se-ia de sufragar uma tese incompatível com os postulados do Estado de Direito, a saber: que é dado ao poder estatal eximir-se de todo o aparato jurídico montado em prol da defesa dos interesses e valores que nele se consagram. Ficaria facultado ladear o modelo defensivo dos administrados, o esquema avalizador de seu ajustamento às regras protetoras do interesse público e do cauteloso meneio de recursos provenientes dos cofres governamentais.” (“Natureza essencial das sociedades de economia mista e empresas públicas: consequências em seus regimes” in *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2009; págs. 330, 331 e 336).

⁵⁴ Assim redigidos: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”; “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” e “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: (...) III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;” (grifei).

⁵⁵ A redação original desse dispositivo é a seguinte: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;”

indistintamente quaisquer entidades da administração pública, inclusive as empresas estatais (art. 1º, parágrafo único). Não há, portanto, um tratamento licitatório diferenciado para as empresas estatais no sistema da Lei 8.666/93, que ficam sujeitas às mesmas regras aplicáveis às demais entidades estatais. Não obstante o seu art. 119 permita que as empresas estatais editem regulamentos próprios, com a condição de que sejam aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculadas, há a obrigatoriedade de que elas permaneçam sujeitas às disposições da Lei 8.666/93, o que restringe significativamente a sua margem de conformação para adaptações do regime licitatório às necessidades empresariais.⁵⁶

Com a sobrevivência da Emenda Constitucional 19, de 1998, acrescentou-se àqueles dispositivos constitucionais o inciso III do § 1º do art. 173, por ela incluído. Com a nova redação do inciso XXVII do art. 22, que atribui à União competência legislativa privativa para instituir normas gerais de licitação para, de um lado, as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais dos entes federativos, “obedecido o disposto no art. 37, XXI”, e, de outro lado, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, “nos termos do art. 173, § 1º, III”, foi constitucionalmente explicitada a possibilidade de o legislador fixar regimes licitatórios flexíveis para as diversas entidades estatais, conforme o seu formato organizacional e a sua personalidade jurídica. Daí a diferenciação entre as figuras estatais realizada pelo inciso XXVII do art. 22, separando-as conforme o regime jurídico, predominantemente de direito público ou de direito privado.

Mesmo antes da EC 19/98, a Constituição, que prevê o dever de licitar das estatais, não exigia que houvesse um só regime licitatório para toda a administração pública. O legislador já possuía margem de conformação para, obedecendo ao dever de licitar e aos princípios da administração pública, diferenciar as maneiras pelas quais as entidades estatais licitavam.⁵⁷ Por isso, a EC 19/98 teve o efeito de explicitar a constitucionalidade dessa opção legislativa, e não de instituí-la.

⁵⁶ O dispositivo tem a seguinte redação: “Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, *ficando sujeitas às disposições desta Lei*. Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial.” (grifei).

⁵⁷ Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza afirmam, nesse sentido, que: “A possibilidade de um regime licitatório diferenciado para as empresas estatais também se extraía, antes da Emenda nº 19/98, da cláusula geral de que elas se submetiam ao regime próprio das empresas privadas. O que houve, com a nova redação dada ao § 1º do art. 173, foi apenas a explicitação daquilo que, de alguma forma, já se encontrava implícito naquela cláusula geral. Diz-se agora que as licitações dessas empresas observarão os

Foi o que fez a Lei do Petróleo, em relação à PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S.A., que teve flexibilizado o seu regime licitatório. A Lei 9.478/97, em seu art. 67, afastou a incidência da Lei 8.666/93 com a previsão de um procedimento licitatório simplificado, definido por decreto do Presidente da República, que veio a ser o Decreto 2.745/98. Após a EC 19/98, a Lei 11.652/08 adotou semelhante solução legislativa para as licitações da EBC – Empresa Brasil de Comunicação S.A., cujo regulamento simplificado encontra-se no Decreto 6.505/08. A fórmula também foi prevista pela Lei 11.943/09, que alterou a lei que autorizou a constituição da ELETROBRÁS – Centrais Elétricas Brasileiras S.A. para permitir que as aquisições de bens e as contratações de serviços, que ela e suas controladas realizem, ocorram por meio de procedimento licitatório simplificado, que deverá ser definido em decreto do Presidente da República.⁵⁸

Observa-se, assim, o início de uma certa tendência legislativa de instituição de regimes licitatórios simplificados para empresas estatais, em atenção à sua personalidade jurídica de direito privado e seu funcionamento empresarial.⁵⁹⁻⁶⁰ Tais leis

‘princípios da administração pública’, tal como vier a disciplinar a lei. Apenas se põe em maior evidência, assim, a necessidade de um regime licitatório condizente com a natureza empresarial dessas entidades, necessidade esta que já existia, por certo, antes da Emenda nº 19/98, dado que entidades empresariais do Estado já existiam e o fato de serem empresas já demandava um *modus operandi* mais ágil do que o da Administração tradicional. (“Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério” in *Revista de Direito Administrativo* nº 245. Rio de Janeiro, Atlas e FGV, maio-agosto 2007; pg. 18).

⁵⁸ A Lei 11.943/09 assim dispõe: “Art. 19. A Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, passa a vigorar com a seguinte alteração: ‘Art. 15. (...) § 2º A aquisição de bens e a contratação de serviços pela Eletrobrás e suas controladas poderão dar-se tanto na modalidade consulta e pregão, observados, no que for aplicável, os arts. 55 a 58 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e nos termos de regulamento próprio, bem como poderá dar-se por procedimento licitatório simplificado a ser definido em decreto do Presidente da República.’”.

⁵⁹ Carlos Ari Sundfeld defende a ideia de as empresas estatais adotarem regulamentos próprios de licitação, aprovados pelo Chefe do Poder Executivo, desde que sejam observadas diretrizes legais específicas (“Como reformar as licitações?” in *Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público* nº 54. Belo Horizonte, Fórum, março/abril 2009; págs. 25 e 26).

⁶⁰ Tal tendência legislativa poderá ganhar um forte impulso se for transformado em lei o Anteprojeto para Reforma da Organização Administrativa Brasileira (APLORG). Uma de suas novidades é a previsão legal de adoção de procedimentos de contratação simplificados ou específicos, previstos em regulamentos próprios das empresas estatais não dependentes e das que tenham celebrado contrato de autonomia, desde que sejam aprovados por decreto do chefe do poder executivo de sua esfera federativa e respeitem os princípios constitucionais da administração pública e as normas da própria lei de organização administrativa, dentre as quais constam diretrizes específicas. Confira-se: “Art. 24. A entidade estatal de direito privado não dependente e a que tenha celebrado contrato de autonomia podem, observados os princípios constitucionais da administração pública e as normas desta lei, adotar procedimentos de contratação previstos em seus regulamentos próprios, aprovados por decreto da pessoa político-administrativa a que se vinculam, nos seguintes termos: I – os regulamentos próprios podem conter regras, soluções e procedimentos específicos ou simplificados, para assegurar eficiência, economicidade, competitividade e melhoria constante da atuação da entidade; II – os procedimentos licitatórios devem ter por finalidade permitir a disputa justa entre os interessados e a obtenção de contratação satisfatória e segura para a entidade, e que apresente a melhor relação custo-benefício; III – o instrumento convocatório da licitação deve definir o objeto do certame, delimitar o universo de proponentes, estabelecer critérios

são manifestações de um reconhecimento legislativo da constitucionalidade da diferenciação do regime licitatório das empresas estatais, estando em linha com a Emenda Constitucional 19/98.

A discussão sobre a validade dos procedimentos licitatórios simplificados para empresas estatais já chegou ao Supremo Tribunal Federal. Por meio de decisões cautelares, a corte vem preservando os efeitos dos procedimentos licitatórios da PETROBRÁS, realizados com base na Lei do Petróleo e no Decreto 2.745/98, contra decisões, de outras instâncias judiciais e do Tribunal de Contas da União, que os anulam para impor à estatal a observância da Lei 8.666/93.

Em mandado de segurança interposto pela PETROBRÁS, o STF, em decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, deferiu a medida cautelar para suspender os efeitos de decisão do TCU que determinou à sociedade de economia mista que se abstivesse de aplicar o seu regulamento simplificado de contratações e seguisse a Lei 8.666/93. Para o magistrado, havia plausibilidade jurídica no pedido, uma vez que, com o fim da exclusividade de exercício, pela PETROBRÁS, do monopólio da União sobre a exploração e produção de petróleo, efetivado com a Emenda Constitucional 9/95, a

para aceitação e julgamento de propostas, regular o procedimento, que pode ser presencial ou eletrônico, indicar as sanções aplicáveis e fixar as cláusulas do contrato; IV – o objeto deve ser determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição; V – a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deve ser compatível com o objeto e proporcional à sua dimensão, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações; VI – como condição de aceitação da proposta, o interessado deve declarar que está em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, sendo exigida a comprovação da regularidade como condição indispensável à formalização do contrato; VII – o julgamento deve observar os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, avaliação objetiva das propostas e preço justo, sendo o empate resolvido por sorteio; VIII – as regras procedimentais devem assegurar adequada divulgação do instrumento convocatório, por meio de Diário Oficial e de página eletrônica, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e a fiscalização; IX – pode o instrumento convocatório prever se a habilitação será decidida em fase anterior, na mesma fase ou em fase posterior ao julgamento das propostas; X – o instrumento convocatório deve prever a forma e o momento de apresentação das propostas, admitidos os sistemas de envelopes, de lances em sessão pública e o misto; XI – quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes, na ordem de classificação; XII – sem prejuízo dos outros casos legais de dispensa e inexigibilidade, é inexigível a licitação quando sua realização for prejudicial ao exercício das atividades-fim ou à capacidade competitiva da entidade, consideradas as práticas habituais do mercado, bem assim os custos, prazos e demais vantagens da contratação direta, devendo o regulamento de cada entidade especificar, de modo analítico e preciso, as situações de incidência dessa hipótese de inexigibilidade e prever procedimentos internos para o adequado controle das contratações. § 1º Os órgãos de controle devem respeitar a autonomia da entidade para, nos termos desta lei, aplicar seus procedimentos e definir sua política de contratações, não podendo exigir-lhe a observância de requisitos incompatíveis com essa autonomia. § 2º A minuta de regulamento deve ser submetida a consulta pública, com prazo mínimo de 30 (trinta) dias a contar de sua publicação.”. O APLORG está publicado na coletânea coordenada por Paulo Modesto, *Nova Organização Administrativa Brasileira – estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira* (Belo Horizonte, Fórum e IBDP, 2009; págs. 328 e 329).

estatal passou a atuar em um ambiente de competição com empresas do setor privado. Tanto essas quanto a estatal podem ser contratadas pela União para a concessão de exploração e produção de petróleo, o que induz à ocorrência de disputa entre elas. Considerando a necessidade de a PETROBRÁS possuir um regime de licitações mais ágil que o da Lei 8.666/93, em função dessa disputa com as empresas do setor privado, que não estão sujeitas ao dever de licitar, a medida cautelar foi deferida para permitir à estatal que continuasse utilizando o seu regulamento simplificado. Trata-se do **Caso PETROBRÁS (2006)**.⁶¹

A matéria obteve apreciação colegiada menos de dois meses depois, quando chegou ao STF uma ação cautelar onde a PETROBRÁS buscava a obtenção de efeito suspensivo a recurso extraordinário que havia interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. A decisão desse tribunal, também em medida cautelar, suspendia novamente licitações da estatal realizadas com base em seu regulamento simplificado, já suspensas pelo juízo, mas autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A disputa foi iniciada por uma empresa do setor privado que entendia ser inconstitucional o regulamento simplificado da estatal, por afastar a aplicação da Lei 8.666/93. Com base nas mesmas razões pelas quais julgou o **Caso PETROBRÁS (2006)**, e considerando existente o perigo de dano irreparável decorrente de a decisão do STJ ter obrigado a PETROBRÁS a licitar conforme a Lei 8.666/93 até a decisão final do recurso especial, a Segunda Turma do STF, por decisão unânime, deferiu a medida cautelar para conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário então interposto. Trata-se do **Caso PETROBRÁS (2006b)**.⁶²

Outra excepcionalidade das empresas estatais que tem o caráter de limitação é o *dever de realizar concurso público* para selecionar seu pessoal e prover empregos públicos (CF, art. 37, II).⁶³ Assim como o dever de licitar das estatais, o de realizar

⁶¹ Medida Cautelar no Mandado de Segurança 25.888/DF (Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, j. 22/03/2006).

⁶² Questão de Ordem em Medida Cautelar na Ação Cautelar 1.193/RJ (2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/05/2006). O Recurso Extraordinário 482.161/RJ, cujo efeito suspensivo foi reconhecido pela ação cautelar, acabou por perder o objeto, tendo transitado em julgado em 05/02/2007.

⁶³ Cujá redação é a seguinte: “Art. 37. A *administração pública direta e indireta* de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) II - a *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;” (grifei).

concurso público também possui sede constitucional, constando do texto originário de 1988.

Contudo, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 havia dúvidas quanto à imposição irrestrita dessa excepcionalidade às empresas estatais, por conta de a redação do dispositivo ter optado pela fórmula de exigir concurso público para a “investidura em cargo ou emprego público” da “administração pública direta e indireta”. A dúvida colocada à época era saber se os empregos das empresas estatais, especialmente os daquelas consideradas como exploradoras de atividade econômica, estariam abrangidos na locução constitucional. Numa leitura a partir do art. 173, § 1º da Constituição, então com sua redação original⁶⁴, que sujeitava as empresas estatais que explorassem atividade econômica ao regime jurídico próprio das empresas do setor privado, inclusive quanto às suas obrigações trabalhistas, formou-se uma opinião de que elas não estariam constrangidas a realizar concursos públicos. Procurava-se fundamentar, com esse dispositivo, a não incidência de uma norma própria *com caráter de limitação* às estatais consideradas exploradoras de atividade econômica. O entendimento contrário, pela aplicabilidade do dever de realizar concurso público inclusive para as estatais de atividade econômica, considerava que a regra do art. 173 não afastava a do inciso II do art. 37, e que a sujeição de tais estatais ao regime jurídico próprio das empresas do setor privado não tinha por fim afastar as limitações próprias das entidades estatais.

A definição de que todas as empresas estatais, inclusive as praticantes de atividade econômica, estão sujeitas ao dever de realizar concurso público foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal no final de 1992, no julgamento do **Caso Cia. Docas do Ceará (1992)**.⁶⁵⁻⁶⁶ O Tribunal de Contas da União havia considerado ilegais admissões de funcionários, realizadas pela Companhia Docas do Ceará, sem concurso público. Diante do risco de perderem os empregos públicos, dois deles impetraram mandado de segurança preventivo, alegando violação ao § 1º do art. 173 da Constituição. O STF

⁶⁴ “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 empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

⁶⁵ Mandado de Segurança 21.322/DF, Impetrantes – Telma Leite Morais e outro, Impetrado – Tribunal de Contas da União (Plenário, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 03/12/1992).

⁶⁶ Carlos Ari Sunfeld comenta essa decisão do STF em seu “A submissão das empresas estatais ao direito privado: uma definição histórica do STF” (*in Boletim de Direito Administrativo – BDA - Maio 1995*. São Paulo, NDJ, 1995; págs. 286 a 290).

negou a segurança pleiteada, por considerar que a Constituição fixa a exigência de concurso público como condição de acesso aos empregos públicos, inclusive os das empresas estatais exploradoras de atividade econômica. No voto do Min. Relator Paulo Brossard aparecem os fundamentos usados pela corte para decidir. Ele inicialmente constata que a Constituição de 1988 obriga a realização de concurso público para o acesso aos empregos públicos, enquanto que no regime da Emenda Constitucional 1/69 apenas o acesso aos cargos públicos estava a ele condicionado. Além disso, a exigência de concurso é feita para o acesso aos empregos públicos *da administração indireta*, na qual se encontram as sociedades de economia mista e empresas públicas, por força de seu conceito legal, que foi recepcionado pela Constituição (art. 4º do Decreto-lei 200/67).⁶⁷ A corte considerou irrelevante, para o fim de determinar a incidência da regra do concurso público, a distinção entre as empresas estatais prestadoras de serviço público e as exploradoras de atividade econômica. Foi considerada impertinente a invocação do § 1º do art. 173 para afastar a obrigatoriedade de realização de concurso público nas estatais de atividade econômica, porque tal norma não lhes trazia um privilégio que prejudicaria a disputa com as empresas do setor privado, em tratamento que seria incompatível com a livre iniciativa e a livre concorrência.⁶⁸ Tanto a referida distinção foi tida por irrelevante que não se deu muita atenção ao fato de a empresa estatal em questão prestar serviços portuários, considerados como serviços públicos (art. 21, XII, *f* da CF/88).

Em julgamento mais recente, o STF reafirmou a obrigatoriedade de realização de concurso público por empresas estatais, mas relativizou a regra diante de situações protegidas pelo princípio da segurança jurídica. Por isso, concedeu a segurança para

⁶⁷ Assim redigido: “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. Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.”.

⁶⁸ Essa tendência de não aplicação do art. 173 para afastar a incidência de normas com caráter de limitação às empresas estatais, inclusive às de atividade econômica, se manteve posteriormente no STF. Em 2005, a 2ª Turma analisou recurso em que a Banestado S.A. Reflorestadora pleiteava a aplicação do § 1º do art. 173 para igualar-se à situação tributária das empresas do setor privado quanto ao pagamento do PIS/PASEP, uma vez que vinha recolhendo o tributo em maior extensão que essas. O STF, considerando a estatal paranaense como exploradora de atividade econômica, explicou que o art. 173 trata da atuação do Estado na economia, que a Constituição de 1988 definiu como excepcional. Assim, o referido dispositivo protege a empresa privada, ao vedar que as estatais de atividade econômica detenham privilégios em relação aos particulares. Esse é o seu sentido. Por isso, ele não impede que sobre elas incidam regras distintas, normas limitativas próprias das empresas estatais, porque, segundo o STF, essa não foi a intenção do constituinte. É o **Caso Banestado Reflorestadora (2005)** (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 369.252/PR. 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 17/05/2005).

empregados da INFRAERO – Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária contratados sem concurso público no início da década de 1990. Trata-se do **Caso INFRAERO (2004)**.⁶⁹⁻⁷⁰ O TCU havia considerado as admissões irregulares e determinado à estatal a sua regularização, sob pena de nulidade. Contudo, o STF, a partir do voto do Min. Relator Gilmar Mendes, considerou que havia no caso uma combinação entre a boa-fé dos empregados e o longo período de tempo transcorrido das contratações (mais de dez anos), que resultaram em uma situação merecedora da proteção pelo princípio da segurança jurídica. Como decorrência do Estado de Direito, a segurança jurídica é um valor constitucionalmente resguardado, justificando que não fossem invalidados os atos administrativos de admissão daqueles empregados. O Min. Relator ainda ponderou que o caso envolvia circunstâncias específicas, como: a existência de processo seletivo realizado conforme o regulamento da INFRAERO, ainda que não sob a forma de concurso público; a controvérsia instalada, à época das admissões, sobre a exigência de concurso público para acesso aos empregos das empresas estatais; a ocorrência de dúvidas do próprio TCU sobre tal exigência. Vale ressaltar que o STF aplicou o princípio da segurança jurídica sem ter considerado que significativa parte desse tempo transcorreu por força de uma liminar, concedida pelo próprio STF, que impedia o TCU de executar a sua decisão.

Também é uma norma própria de limitação aplicável às empresas estatais *a submissão à fiscalização* contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial *do poder legislativo e do tribunal de contas competente*, na forma de controle externo, e pelos mecanismos de controle interno *do poder executivo* da esfera federativa a que pertença (CF/88, arts. 49, X, 70 e 71).⁷¹ Assim como o dever de licitar e de realizar

⁶⁹ Mandado de Segurança 22.357/DF, Impetrantes – Ivete do Socorro Abreu de Sousa e outros, Impetrado – Tribunal de Contas da União (Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27/05/2004).

⁷⁰ O julgado é abordado no livro *Introdução ao Direito Administrativo – Série GVlaw*, coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Vera Monteiro, em seu “Capítulo 2 – Controle Judicial da Administração”, item “2.3 – Ato administrativo inválido: caso da invalidação – segurança jurídica x legalidade” (São Paulo, Saraiva e DireitoGV, 2008; págs. 105 a 118).

⁷¹ Que assim prescrevem: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; (...) Art. 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 das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II - 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

concurso público, consideramos que se trata de limitação prescrita pela Constituição Federal, constando de sua redação originária, quando prevê a fiscalização das *entidades da administração indireta*, dentre as quais estão as empresas estatais (art. 49, X c/c art. 70, *caput*).

Também como no dever de realizar concurso público, após a promulgação da Constituição surgiram significativas dúvidas sobre o alcance, às empresas estatais, da norma de controle externo, a cargo do poder legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas. A dúvida que se colocava era saber se as empresas estatais se sujeitavam ao controle externo pelo só fato de pertencerem à administração pública (art. 49, X c/c art. 70, *caput*), ou se havia competência dos tribunais de contas apenas quando houvesse dinheiros, bens e valores públicos envolvidos, sendo administrados por empresas estatais, ou quando houvesse prejuízo ao erário público causado por agente de empresa estatal (art. 70, parágrafo único c/c art. 71, II). Nessas duas últimas situações, nunca houve dúvida sobre o alcance do controle externo, que atinge os atos dos administradores e demais responsáveis das empresas estatais pelo manejo dos recursos públicos, possibilitando que suas contas sejam julgadas pelos tribunais de contas. Porém, não era suficientemente claro se os tribunais de contas poderiam realizar suas tarefas de fiscalização rotineiras sobre os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais das empresas estatais pela só circunstância de essas pertencerem à administração indireta.

contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; (...) VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. (...)”.

Na última década, o Supremo Tribunal Federal discutiu a submissão das empresas estatais à fiscalização dos órgãos de controle externo, particularmente sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas da União exercê-la.

Inicialmente, em dois julgados de 07 de março de 2002, a corte posicionou-se pela insubmissão das estatais à prestação de contas aos tribunais de contas, salvo quando estivessem envolvidos dinheiros, bens e valores públicos ou prejuízo ao Tesouro, concedendo dois mandados de segurança para sociedades de economia mista que vinham sendo alvo de determinações do Tribunal de Contas da União. São os **Casos Banco do Brasil (2002)**⁷² e **BB-DTVM (2002)**⁷³. No caso envolvendo o BB – Banco do Brasil S/A, o TCU determinou-lhe a instauração de tomada de contas para apurar os fatos, identificar os responsáveis e qualificar o dano aos cofres da estatal que teriam sido causados por empregado que realizou operações financeiras na agência de Viena, na Áustria. No caso envolvendo o BB-DTVM – Banco do Brasil – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A, subsidiária daquela estatal, o TCU determinou-lhe a instauração de tomada de contas para apurar prejuízo derivado de operações realizadas no mercado futuro de índices Bovespa por empregado que não teria atentado às normas internas pertinentes.

Com votos idênticos nos dois casos, os ministros consideraram que não estavam diante de situações envolvendo o uso de dinheiros, bens e valores públicos, mas sim de bens das empresas estatais e de bens de seus clientes, considerados como bens privados, respectivamente, por conta da personalidade jurídica de direito privado que revestem as estatais e da sua propriedade por particulares, que foram utilizados pelos bancos em operações que compõem suas atividades financeiras. Considerou-se que a propriedade acionária do Estado na empresa estatal não se confunde com os bens titularizados pela empresa, e muito menos com os bens de terceiros administrados pelos bancos estatais. Nesse sentido é que os empregados das empresas estatais, por possuírem vínculo celetista, não poderiam, como administradores de bens e direitos das estatais, ser equiparados aos administradores de bens das pessoas jurídicas de direito público e, logo, não se sujeitariam à prestação de contas aos tribunais de contas, exceto quando lidassem com recursos públicos e quando causassem prejuízo ao Tesouro. O julgamento dos

⁷² Mandado de Segurança 23.627/DF, Impetrantes – Banco do Brasil S/A, Impetrado – Tribunal de Contas da União (Plenário, Rel. originário Min. Carlos Velloso, Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 07/03/2002).

⁷³ Mandado de Segurança 23.875/DF, Impetrantes – Banco do Brasil – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A, Impetrado – Tribunal de Contas da União (Plenário, Rel. originário Min. Carlos Velloso, Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 07/03/2002).

casos foi decidido por maioria de votos, tendo sido vencidos o até então relator Min. Carlos Velloso e a Min^a. Ellen Gracie.

Ao longo dos acórdãos, tanto no corpo dos votos quanto nos debates entre os ministros, surgiram com nitidez argumentos que discutiam razões de conveniência e viabilidade fática de atribuição constitucional de competência fiscalizatória dos tribunais de contas sobre as empresas estatais. Uma preocupação, aventada pelo Min. Carlos Velloso, foi com a boa administração de recursos pelas empresas estatais, defendendo que a competência fiscalizatória dos tribunais de contas sobre as empresas estatais fosse reconhecida como forma de evitar desvios nas empresas estatais, alertando que a decisão valeria para “empresas estatais que não gozam da mesma saúde econômica e moral do Banco do Brasil”. Os demais ministros compreenderam a preocupação ética, mas acreditavam ser inviável, na prática, a fiscalização rotineira das empresas estatais pelos tribunais de contas. O Min. Nelson Jobim alertou para o risco de expansão demasiada das competências dos tribunais de contas, inclusive com a análise da pertinência de gastos das estatais em suas atividades comerciais, o que declarou não ser constitucional. O Min. Sepúlveda Pertence e o Min. Maurício Corrêa argumentaram que a imposição de tal limitação dificultaria a atuação das empresas estatais em concorrência com empresas do setor privado. É interessante perceber como essa discussão da conveniência e viabilidade concreta da imposição às estatais da fiscalização dos tribunais de contas foram razões subjacentes aos argumentos de interpretação jurídica dos artigos 70 e 71 da Constituição.

Posteriormente, em dois julgados de 10 de novembro de 2005, o STF reverteu a interpretação fixada no julgamento de 2002, para entender que as empresas estatais estão sujeitas à fiscalização dos tribunais de contas não só quando manejarem recursos públicos ou causarem prejuízo ao erário público (CF/88, art. 70, parágrafo único c/c art. 72, II), mas pelo só fato de pertencerem à administração pública, integrando a administração indireta (CF/88, art. 49, X c/c art. 70, *caput*). Após essas decisões, o STF modificou seu posicionamento sobre a extensão do controle externo do poder legislativo, auxiliado pelo tribunal de contas competente, para afirmar que as empresas estatais estão a ele sujeitas quanto à sua fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, pelo só fato de pertencerem à administração indireta.

A reviravolta se deu no julgamento dos **Casos CHESF (2005)**⁷⁴ e **Banco do Nordeste do Brasil S/A (2005)**⁷⁵. Naquele, um advogado da CHESF – Companhia Hidro Elétrica do São Francisco deixou de apresentar apelação em processo judicial rumoroso, o que causou prejuízo à estatal, tendo sido condenado pelo Tribunal de Contas da União ao pagamento de multa pecuniária. Nesse, o presidente do Banco do Nordeste coordenou um acordo com devedores para o ressarcimento de concessão de crédito vencido, que teria sido desvantajoso para a estatal, tendo sido condenado pelo Tribunal de Contas da União ao pagamento de multa pecuniária. Ambos os mandados de segurança, impetrados pelos referidos empregados das estatais, foram indeferidos.

Repetindo o voto dado nos **Casos Banco do Brasil (2002)** e **BB-DTVM (2002)**, onde fora vencido, o Min. Carlos Velloso reafirmou que a fiscalização dos tribunais de contas alcança as empresas estatais, por força do artigo 71, inciso II da Constituição. Por isso, as contas dos seus administradores estão sujeitas ao controle pelos tribunais de contas. Considerou que um dano ao patrimônio da empresa estatal é um dano ao erário, uma vez que o Estado é acionista da estatal. Sustentou que a circunstância de as estatais possuírem personalidade de direito privado não lhes afasta a aplicação das normas, de direito público, que viabilizam o seu controle. Ponderou que a fiscalização pelos tribunais de contas é necessária para a boa aplicação dos recursos públicos pelas estatais, sendo que muitas delas não os administram bem. Os demais ministros votaram com o relator, agregando argumentos para alcançar o mesmo resultado. O Min. Marco Aurélio, citando Celso Antônio Bandeira de Mello, destaca que o elemento essencial das empresas estatais, que as distingue das empresas do setor privado, é o fato de serem instrumentos do Estado na consecução de objetivos públicos, e não a sua personalidade de direito privado, o que induz à necessidade de sua fiscalização pelos tribunais de contas. O Min. Eros Grau entende que não só as empresas estatais são entidades que compõem a administração indireta, mas também que seus bens são públicos, o que faz incidir o controle externo do poder legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas. O Min. Joaquim Barbosa argumenta que a fiscalização das estatais pelos tribunais de contas deriva do artigo 49, inciso X, que confere competência exclusiva ao Congresso Nacional para fiscalizar atos da administração indireta do poder executivo, e do artigo 71, inciso II, que prevê o auxílio dos tribunais de contas para esta função. Sustenta que

⁷⁴ Mandado de Segurança 25.092/DF, Impetrante – Antônio José de Faria Simões, Impetrado – Tribunal de Contas da União (Plenário, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 10/11/2005).

⁷⁵ Mandado de Segurança 25.181/DF, Impetrante – Byron Costa de Queiroz, Impetrado – Tribunal de Contas da União (Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/11/2005).

o eventual descumprimento do dever de prestar contas da administração indireta pelos Estados-membros é causa de intervenção federal (art. 34, VII, *d*)⁷⁶. O Min. Carlos Britto, analisando o disposto no inciso I do § 1º do artigo 173, que prevê que a lei estabelecerá o estatuto jurídico das empresas estatais, devendo dispor sobre as formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade, defende que o papel de tais normas será o de realizar a otimização e a calibragem do controle quanto às particularidades mercantis das estatais, sem prejudicar a sua operacionalidade, e não substituir o controle externo, cuja previsão decorre de outros dispositivos constitucionais. Desse argumento compartilha o Min. Cezar Peluso, que ainda sustentou que uma interpretação que recuse o controle externo sobre empresas estatais inviabilizaria o exercício de uma competência constitucional expressa, a de o Congresso Nacional nelas realizar as auditorias previstas no artigo 71, inciso IV. Considerando o fato de que a análise da não interposição de apelação pelo advogado da empresa envolve fatos controvertidos, assim como a possibilidade do controle externo das estatais pelos tribunais de contas, o STF indeferiu os mandados de segurança.

Mesmo com a mudança de interpretação, para admitir a incidência do controle externo do poder legislativo sobre as empresas estatais, os ministros concordaram com uma das preocupações que levaram à formação da orientação anterior: existe o risco de abuso no exercício da função de controle externo, que prejudicaria a autonomia das empresas estatais. Durante todo o julgamento, os ministros (em especial, o Min. Gilmar Mendes e o Min. Sepúlveda Pertence) manifestaram muita preocupação com a extensão das atividades de controle dos tribunais de contas, considerando que seria inconstitucional a interferência nas políticas públicas e nas estratégias empresariais das estatais. Ou seja, para o STF, o controle externo não pode ser usado para que os tribunais de contas comandem as decisões das empresas estatais e interfiram em suas atividades tipicamente negociais. No entendimento da corte, o controlador não pode substituir o gestor da empresa estatal. Os ministros ainda ponderaram sobre o risco de avaliações de controle descontextualizadas do momento da decisão administrativa e das suas circunstâncias determinantes, em que os órgãos de controle atuariam, em expressão usada pelo Min. Gilmar Mendes, como “engenheiros de obras prontas”.⁷⁷ Porém, ao

⁷⁶ Assim redigido: “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (...) *d*) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.”

⁷⁷ O Min. Gilmar Mendes se manifesta nos seguintes termos: “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

invés de afastar tais entidades estatais da fiscalização rotineira dos tribunais de contas, como havia feito em 2002, o STF afirmou a incidência do controle externo permanente e fez essas importantes considerações sobre as suas particularidades quando os órgãos controlados são empresas estatais. Como remédio para a ocorrência desses abusos, prescreveu o controle judicial. De tal modo, o tribunal autorizou a atuação fiscalizatória das cortes de contas, mas não lhes deu um “cheque em branco”, tendo claramente sinalizado que irá controlar interferências indevidas que os órgãos de controle externo fizerem sobre a gestão das empresas estatais, tendo simultaneamente orientado todo o poder judiciário a fazê-lo.

A força da decisão é constatada pela observação de que a votação foi unânime, (estavam ausentes a Min^a. Ellen Gracie e o Min. Nelson Jobim), e de que as razões da decisão convenceram até mesmo os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que no julgamento de 2002 haviam votado pelo entendimento que então se formou, e que na assentada de 2005 reviram suas posições. Em pouco menos de quatro anos, o STF alterou a sua posição sobre a matéria, numa autêntica reviravolta. A mudança de posição é evidenciada pela circunstância de que, em 2002 e em 2005, os casos apreciados em cada qual formavam conjuntos muito semelhantes. Na sessão de 2002, o **Caso Banco do Brasil (2002)** envolvia situação de dano causado aos cofres do BB por operações financeiras irregulares realizadas na agência de Viena, na Áustria, que assumiu dívida pessoal e particular de seu então gerente junto a um banco estrangeiro, que teriam o intuito de preservar a credibilidade da agência austríaca do BB naquela praça; já o **Caso BB-DTVM (2002)** lidava com prejuízo causado à estatal em decorrência de operações realizadas no mercado financeiro. Na sessão de 2005, o **Caso CHESF (2005)** tratava de prejuízo à estatal causado pela não interposição de apelação em processo judicial que discutia contrato com empresa privada, vultoso e importante para a estatal; já o **Caso Banco do Nordeste do Brasil S/A (2005)** envolvia uma renegociação de dívidas perante a estatal, que implicava a escolha entre aceitar a proposta dos devedores e receber imediatamente parte dos recursos, ou acioná-los de imediato perante o judiciário, sem aceitar as condições oferecidas pelos devedores, e não receber imediatamente parte da dívida, tendo o Tribunal de Contas da União responsabilizado o seu então presidente, que impetrou o mandado de segurança no STF. Comparando os cenários dos casos levados ao Plenário do STF em 2002 e 2005,

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.”.

percebe-se que os conjuntos eram muito semelhantes, envolvendo, em cada ocasião, uma situação de irregularidade grave, teratológica, e uma situação de política e escolha administrativa. Então, a mudança de posição da corte nessas duas ocasiões similares mostra que houve uma guinada na sua compreensão sobre a admissibilidade da fiscalização rotineira dos tribunais de contas sobre as empresas estatais. Certamente a mudança do quadro dos ministros (dos dez ministros que votaram em 2002, apenas três votaram em 2005) foi decisiva para essa alteração. Contudo, a mudança de orientação também pode ser creditada à polêmica e à dificuldade que o tema envolvido enseja. Trata-se de um julgamento cuja consideração é necessária para a compreensão do sentido e do alcance das tarefas dos tribunais de contas na atividade de controle sobre as empresas estatais. A decisão do STF é especialmente relevante para sublinhar o fato de que importa, além da existência em si do controle externo, *o modo* pelo qual ocorre a fiscalização das empresas estatais, cujas características organizacionais são bastante diferenciadas daquelas das pessoas jurídicas de direito público.⁷⁸

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal traz outros casos em que houve a incidência de normas com caráter de limitação a determinadas empresas estatais.

Em novembro de 1989, ao apreciar uma medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade contra dispositivo da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, o STF defrontou-se com uma norma que impõe uma restrição às empresas estatais potiguares em suas relações trabalhistas, obrigando-as a realizar os pagamentos de seus empregados até o último dia de cada mês, e, caso não o façam, a corrigir monetariamente os respectivos valores até a data do efetivo pagamento.⁷⁹ Trata-se de

⁷⁸ Com essa preocupação, e de modo coerente com a interpretação do STF, o Anteprojeto de Lei para Reforma da Organização Administrativa Brasileira (APLORG) prevê: a compatibilidade do controle com a natureza de direito privado das empresas estatais e com a especificidade de sua atuação (art. 51); que o controle das estatais referidas pelo § 1º do art. 173 deva ocorrer, preferencialmente, nas suas instâncias de governança corporativa, observada sua atuação em concorrência com empresas privadas (art. 52); que o controle externo não pode implicar interferência na gestão ou ingerência no exercício das competências das empresas estatais (art. 62, parágrafo único). Leiam-se os dispositivos citados: “Art. 51. O controle deve ser compatível com a natureza do órgão ou entidade controlados e com a especificidade da atividade exercida. Art. 52. O controle das empresas estatais a que se refere o § 1º do art. 173 da Constituição deve ser feito preferencialmente por suas instâncias de governança corporativa, observadas as peculiaridades decorrentes da necessidade de concorrência com empresas privadas. (...) Art. 62. Ressalvado o controle jurisdicional, o controle externo dos órgãos e entidades estatais é exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas respectivo. Parágrafo único. O controle externo não pode implicar interferência na gestão dos órgãos ou entidades a ele submetidos nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.”. O APLORG está publicado na coletânea coordenada por Paulo Modesto, *Nova Organização Administrativa Brasileira – estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira* (Belo Horizonte, Fórum e IBDP, 2009; págs. 336 a 338).

⁷⁹ Assim redigida: “Art. 28. (...) § 5º Os vencimentos dos servidores públicos estaduais e municipais, da administração direta, indireta, autárquica, fundacional, *de empresa pública e de sociedade de economia*

uma norma própria, por não ser aplicável às empresas do setor privado, com caráter de limitação, por restringir a atuação das estatais. É a **ADI das empresas estatais potiguares (1989)**.⁸⁰

O STF suspendeu a vigência dessa norma até o julgamento final da ação, entendendo, a partir de argumentos lançados pelo Min. Moreira Alves, que a personalidade de direito privado das empresas estatais as sujeita ao regime jurídico das empresas do setor privado, determinado por lei federal quanto às suas obrigações trabalhistas, âmbito no qual seria defesa a atuação do constituinte estadual. Em sede cautelar, portanto, o STF negou que tal limitação fosse imposta às empresas estatais locais.⁸¹

Em outro julgamento envolvendo normas próprias trabalhistas, o STF declarou inconstitucionais dispositivos da Constituição do Estado de Minas Gerais que impunham limitações às empresas estatais estaduais prestadoras de serviços públicos e às sociedades de economia mista estaduais Banco do Estado de Minas Gerais – BEMGE e Banco de Crédito Real de Minas Gerais – CREDIREAL. É a **ADI das empresas estatais mineiras (1991)**.⁸² Por meio de seu Ato das Disposições Transitórias, a Constituição mineira garantiu aos empregados das empresas estatais estaduais o reajuste progressivo dos salários até a recomposição do nível real efetivamente percebido em outubro de 1986. Aos empregados do BEMGE e do CREDIREAL, a Carta mineira concedeu a reposição salarial de 100% sobre os valores salariais vigentes na data de sua promulgação.⁸³

mista, são pagos até o último dia de cada mês, corrigindo-se monetariamente os seus valores se o pagamento se der além desse prazo.” (grifei).

⁸⁰ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 144/RN, Requerente – Governador do Estado do Rio Grande do Norte, Requerida – Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte (Plenário, Relator Min. Octavio Gallotti, j. 22/11/1989).

⁸¹ Em 03/02/2010, a ADI 144/RN ainda se encontrava em julgamento, com autos conclusos ao novo Relator, o Min. Cezar Peluso.

⁸² Ação Direta de Inconstitucionalidade 83/MG, Requerente – Governador do Estado de Minas Gerais, Requerida – Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24/04/1991).

⁸³ Nos seguintes termos: “Art. 34. O servidor público civil ou militar e o empregado público da administração direta e indireta do Estado terão seus vencimentos ou salários reajustados progressivamente, até a recomposição do nível real efetivamente percebido em outubro de 1986, a partir do segundo mês posterior à promulgação da Constituição do Estado. § 1º Aplica-se ao servidor ou empregado públicos que expressamente o preferirem o nível real efetivamente percebido em janeiro de 1987. § 2º A recomposição a que se refere este artigo se dará em oito etapas trimestrais. § 3º Ao servidor bancário do Banco do Estado de Minas Gerais, do Banco de Crédito Real de Minas Gerais e da Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais fica assegurada a reposição de cem por cento de seus salários, aplicados sobre os valores salariais vigentes na data da promulgação da Constituição, sem prejuízo da revisão decorrente do disposto neste artigo.” (grifei).

O STF entendeu que a Constituição Estadual não poderia ter imposto às estatais tais prestações de natureza salarial, porque, ainda que integrantes da administração indireta do Estado, elas são pessoas jurídicas de direito privado. Quanto à reposição salarial, considerando que o BEMGE e o CREDIREAL exerciam atividade econômica típica, o tribunal considerou violado o art. 173, § 1º, que, ao submeter as estatais ao regime próprio das empresas do setor privado, só permitiu que o valor dos salários de seus empregados fossem fixados pela lei, por sentença normativa ou pelo contrato individual ou coletivo de trabalho, não se encaixando em nenhuma dessas espécies normativas uma norma constitucional estadual transitória. Quanto ao reajuste progressivo, como ele se aplicava também aos empregados das estatais estaduais prestadoras de serviço público, e não só aos das exploradoras de atividade econômica, o STF considerou violado, além do art. 173, § 1º, o princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, II), porque considerou inexistir competência do legislador ou do constituinte estadual para dispor sobre matéria salarial. Desse modo, o STF negou que fossem impostas tais limitações às empresas estatais mineiras, mantendo a equiparação de seu regime jurídico com o das empresas do setor privado, quanto ao regime trabalhista.

Em 1993, o Plenário do STF julgou inconstitucional norma emanada do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado do Paraná que garantia aos servidores do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDE, lotados naquele Estado, o direito à estabilidade dos servidores estatutários estaduais.⁸⁴ Assim invalidou uma norma própria, que não se aplica às empresas do setor privado, com caráter de limitação, por restringir a discricionariedade da empresa estatal envolvida em suas relações de trabalho. É a **ADI do BRDE/RS-SC-PR (1993)**.⁸⁵

A corte afastou a constitucionalidade da norma constitucional estadual com três argumentos: apesar de constituído como autarquia interestadual, o BRDE não possui a natureza jurídica de autarquia, conforme já havia decidido o STF;⁸⁶ o Estado do Paraná

⁸⁴ Assim redigido: “Art. 46. Aos servidores do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDE, lotados no Estado do Paraná, aplica-se o disposto no art. 36 desta Constituição”. O artigo 36, por sua vez, dispõe que “são estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público”.

⁸⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade 175/PR, Requerente – Governador do Estado do Paraná, Requerida – Assembléia Legislativa do Estado do Paraná (Plenário, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 03/06/1993).

⁸⁶ O acórdão cita o Recurso Extraordinário 120.932/RS, Recorrentes – Companhia Geral de Indústrias e outros, Recorrido – BRDE (1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24/03/1992). Na ocasião, o STF considerou juridicamente inviável a figura da autarquia interestadual, conforme o BRDE havia sido criado por ato comum dos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Esse julgado avaliou que a autarquia, como fenômeno de descentralização administrativa para onde são transferidas

não poderia dispor sozinho sobre empresa estatal controlada por ele e mais duas outras unidades federativas, por extravasar a autonomia que lhe foi garantida pelo artigo 25 da Constituição Federal, com o qual é incompatível a norma estadual; como explora atividade econômica, é aplicável ao BRDE a Consolidação das Leis do Trabalho, por força da incidência o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, o qual impede ao Estado membro de legislar sobre o tema.

Em mandado de segurança julgado em 1995, o BB – Banco do Brasil S/A procurava se eximir da prestação de informações e documentos requisitados pelo Ministério Público Federal. O banco estatal alegava que não poderia fornecê-los porque estariam protegidos por sigilo bancário. Trata-se do **Caso Banco do Brasil (1995)**.⁸⁷

Em placar de seis votos a cinco, o STF indeferiu a segurança, considerando que não estava diante de conflito que envolvesse o sigilo bancário, porque as informações requisitadas pelo MPF ao BB diziam respeito à concessão de empréstimos, com o uso de recursos públicos, a empresas do setor sucro-alcooleiro. Os recursos vinham do Tesouro Nacional, e eram destinados à mitigação das taxas de juros e encargos habituais do mercado de crédito privado. Havia, então, um subsídio estatal, com participação de recursos do erário, utilizado com a finalidade de realizar uma política de fomento setorial. Nesse sentido, a sociedade de economia mista federal atuava como executora da política creditícia e financeira do governo federal, no papel de agente do Tesouro Nacional. Não se tratava de atuação como banco comercial, o que faria incidir o art. 173 da Constituição. Envolvendo recursos do erário, o STF considerou que as operações não estavam sujeitas ao sigilo bancário, mas, ao contrário, à ampla publicidade (CF/88, art. 37, *caput*). Concluiu, assim, que o BB possuía o dever de fornecer as informações ao MPF, cujas competências constitucionais autorizavam-no à realização de tais diligências (art. 129, VI e VIII). Constrangeu-se, portanto, a empresa estatal ao fornecimento de informações ao MPF, no que pode ser considerado como um caso de limitação, envolvendo a aplicação de uma norma própria para uma empresa estatal, impertinente às instituições financeiras do setor privado, com caráter restritivo à atuação daquela.

competências da administração direta, tem em seu conceito jurídico a limitação ao exercício da função administrativa que é possuída pela entidade matriz, no caso o Estado. Como a Constituição atribuía a competência de promoção do desenvolvimento regional à União, não poderiam os Estados membros transferi-la às suas autarquias, e nem para uma autarquia interestadual constituída por convênio, porque lhes faltava competência para tanto. Não se tratando de autarquia, foi considerada existente uma pessoa de direito privado, na forma de empresa estatal.

⁸⁷ Mandado de Segurança 21.729/DF, Impetrante – Banco do Brasil S/A, Impetrado – Procurador-Geral da República (Plenário, Relator Min. Marco Aurélio, Redator para o Acórdão Min. Néri da Silveira, j. 05/10/1995).

Outra limitação trabalhista, cuja imposição às empresas estatais também foi negada pelo STF, é a da vedação da dispensa, sem justa causa, de seus empregados. O tribunal considerou que as empresas estatais, como pessoas jurídicas de direito privado que mantêm vínculos celetistas com seus empregados, têm os mesmos deveres e direitos trabalhistas dos empregadores do setor privado, não resultando da Constituição a limitação ao seu poder de despedir empregados com ou sem justa causa, como prevê a legislação laboral. Há um conjunto de julgados que podem ser reunidos sob a alcunha de **Casos da demissão sem justa causa de empregados (1999)**.^{88 - 89}

⁸⁸ São os seguintes: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 232.462/PE, Agravante – Bernardete F. Aragão, Agravado - BANDEPE – Banco do Estado de Pernambuco S/A (1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 15/06/1999); AI-AgR 243.524/PE, Agravantes – Ironcil Silva e outros, Agravado – BANDEPE (1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 14/09/1999); AI-AgR 245.235/PE, Agravantes – Renata Oliveira e outros, Agravado – BANDEPE (1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 26/10/1999); Recurso Extraordinário 289.108/SP, Recorrente – Francisco Teixeira, Recorrida – Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo – PRODAM/SP (1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 14/05/2002); Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 242.069/PE, Agravante – Mário dos Santos, Agravado - BANDEPE (2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 22/10/2002); RE 363.328/DF, Recorrente – Banco do Brasil S/A, Recorrida – Eulina Pereira (2ª Turma, Relª. Minª. Ellen Gracie, j. 05/08/2003); AI-AgR 437.462/PE, Agravante – Joana Santos, Agravado – BANDEPE (1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26/10/2004); AI-AgR 313.019/CE, Agravante - José Gladstone Júnior, Agravado – Banco do Brasil S/A (1ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 01/02/2005); AI-AgR 507.326/RJ, Agravante – Suzete Costa, Agravado – Banco BEMGE S/A (2ª Turma, Relª. Minª. Ellen Gracie, j. 29/11/2005); AI-AgR 541.711/RJ, Agravante – Roberto Moura, Agravado – Banco BANERJ S/A (2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/02/2006); AI-AgR 546.435/CE, Agravante – Fernando Lima, Agravado – Banco do Brasil S/A (2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/08/2006); RE-AgR 461.452/PR, Agravante – José Cláudio Duarte, Agravada – Companhia de Habitação do Paraná – COHAPAR (1ª Turma, Relª. Minª. Cármen Lúcia, j. 10/10/2006); AI-AgR 648.453/ES, Agravante – Sandra Laranja, Agravado – BANESTES S/A – Banco do Estado do Espírito Santo (1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/11/2007).

⁸⁹ Está em andamento no STF o julgamento de recurso extraordinário no qual a ECT recorre de acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, que considerou inválida demissão sem justa causa efetuada pela empresa pública federal. Trata-se do RE 589.998/PI, Recorrente - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Recorrido – Humberto Pereira Rodrigues (Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em julgamento). Para o TST, o reconhecimento à ECT dos privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca equiparou-a à Fazenda Pública tanto em relação as suas prerrogativas quanto aos seus ônus, subtraindo-lhe a essência do poder potestativo para demitir sem justa causa. A ECT recorreu ao STF alegando possuir o direito de demitir sem justa causa, sustentando que o acórdão do TST interferiu na liberdade de as partes pactuarem o contrato de trabalho (CF, art. 173, § 1º), bem como que o reconhecimento de privilégios à ECT não dá aos seus empregados a estabilidade do artigo 41 da Constituição. Foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional suscitada, por ausência de manifestações suficientes para a recusa do recurso extraordinário (RE-RG 589.998/PI. Plenário Virtual, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/11/2008). O início do julgamento contou com dois votos pelo não provimento do recurso, dados pelo Min. Relator e pelo Min. Eros Grau, que consideraram que o reconhecimento de privilégios para a ECT, por ela prestar serviços públicos, afasta a incidência do artigo 173 da Constituição e atrai os princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia (CF/88, art. 37), que devem orientar os procedimentos de admissão (por concurso público) e de demissão dos seus servidores, de forma a se evitar demissões por razões políticas ou pessoais. Considerou-se também que não há estabilidade na relação de trabalho, que é celetista, e por isso não se aplica o artigo 41 da Constituição, mas que deve haver um procedimento prévio para a demissão. Caso essa linha decisória seja a vencedora, haverá um resultado oposto ao dos que até agora ocorreram nessa matéria. É interessante perceber que a ECT, que sempre buscou os bônus do regime jurídico de direito público, agora pleiteia o afastamento de um ônus desse mesmo regime.

O STF não aceitou o argumento, colocado por ex-empregados das estatais, demitidos sem justa causa e que pleiteavam a sua readmissão, de que resultaria do texto constitucional o direito à estabilidade, próprio dos servidores públicos estatutários (CF/88, art. 41). A corte considerou improcedente o argumento de que, por ter sido aprovado em concurso público, o empregado da estatal tem direito à estabilidade. O critério usado pelo STF para decidir sobre a existência de estabilidade foi o da natureza do vínculo trabalhista – se celetista ou estatutário – e não a circunstância de a investidura no emprego exigir concurso público. A corte ainda considera que os empregados das estatais têm a proteção prevista na Constituição para o caso de despedida arbitrária ou sem justa causa (CF/88, art. 7º, I), como a têm os empregados das empresas do setor privado.

Em 2000, o Plenário do STF suspendeu cautelarmente a eficácia de norma legal do Estado do Espírito Santo que permitia aos devedores do BANDES – Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo e do BANESTES – Banco do Estado do Espírito Santo que estivessem sendo judicialmente cobrados, pagarem ou abaterem os seus débitos com créditos que possuíssem em virtude de sentença judicial transitada em julgado e proferida em processo sobre direitos de servidores públicos.⁹⁰ Tais créditos, constantes de precatórios contra o Estado do Espírito Santo, poderiam ser cedidos a pessoas de direito privado. Tratava-se de uma limitação porque os bancos estaduais ficaram obrigados a aceitar, como meio de pagamento de seus créditos, precatórios emitidos contra a pessoa de direito público que a controlava, que lhes fossem oferecidas por seus devedores. É a **ADI do BANDES/BANESTES (2000)**.⁹¹

O STF suspendeu a eficácia do dispositivo legal estadual, considerando que o mecanismo criado, ao transformar os precatórios em moeda de pagamento, violou a competência legislativa exclusiva da União para dispor sobre direito civil e comercial (CF/88, art. 22, I). Sustentou também que os débitos eram atos jurídicos perfeitos e

⁹⁰ Nos seguintes termos: “Art. 2º Os débitos decorrentes de operações financeiras junto ao BANDES – Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo e ao BANESTES – Banco do Estado do Espírito Santo, poderão ser pagos ou abatidos com os créditos mencionados no art. 1º, desde que tais débitos tenham sido contraídos antes de 30 de junho de 1994 e estejam em cobrança judicial. Parágrafo único. Havendo saldo remanescente, após a quitação dos débitos mencionados no *caput* deste artigo, este saldo não poderá ser utilizado pelo pagador como previsto no artigo 3º.”. O relatório do julgado informa que o artigo 1º mencionado “versa sobre créditos de pessoas naturais perante o Estado do Espírito Santo, decorrentes de sentença judicial transitada em julgado e proferida em processo no qual se tenha decidido sobre direitos de servidores públicos, prevendo o artigo a cessão desses créditos a pessoa jurídica de direito privado.”.

⁹¹ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.126/ES, Requerente – Governador do Estado do Espírito Santo, Requerida – Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo (Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/03/2000). Posteriormente, por decisão do novo Relator Min. Carlos Velloso, a ação foi julgada prejudicada, depois de constatada a perda superveniente de objeto.

acabados, cuja cobrança pelas estatais vinha obedecendo ao artigo 173 da Constituição até a edição das normas questionadas. Impediu, dessa forma, que a limitação fosse imposta aos bancos estatais estaduais.

A partir desse conjunto de julgamentos envolvendo normas próprias que implicam limitações para as empresas estatais, é possível observar que há uma *tendência geral* do STF de considerar que a personalidade de direito privado das empresas estatais não impede que sobre elas incidam normas restritivas, típicas da administração pública, às quais as empresas do setor privado não estão sujeitas. Os deveres de licitar, de realizar concurso público e de se submeter aos controles interno, do poder executivo, e externo, do poder legislativo com o auxílio dos tribunais de contas, são evidências do reconhecimento constitucional da incidência de limitações às empresas estatais, não obstante revestirem a personalidade jurídica de direito privado. Não há mais dúvidas quanto à incidência de tais limitações às empresas estatais. Pode-se afirmar, assim, que trouxe resultados o esforço, empreendido pela Constituição Federal de 1988, de promover a *captura pelo direito público* das empresas estatais.⁹²

No **Caso Banco do Brasil (1995)**, é preciso ressaltar que, não obstante a limitação haja sido imposta à estatal, a motivação usada pelo STF tornou clara a circunstância de que foi o manejo de recursos do Tesouro Nacional que tornou juridicamente possível o acesso do Ministério Público Federal às informações bancárias. O julgado confirma apenas parcialmente a tendência do tribunal de não considerar a personalidade de direito privado impeditiva à incidência de limitações. A corte entendeu que, na ocasião, o BB atuava como agente do Tesouro Nacional, o que fez com que as operações bancárias com o uso de recursos públicos não estivessem sujeitas ao sigilo. Contrariamente, se estivessem envolvidos apenas recursos do próprio BB ou de seus clientes, em operações bancárias que revelassem uma atuação da estatal como banco

⁹² Celso Antônio Bandeira de Mello afirma: “11. Deveras, é a própria Constituição que, de logo, trata de assinalar, em inúmeros preceptivos, a diferenciação nítida entre sociedades de economia mista e empresas públicas (*sejam de que tipo forem*) e demais pessoas de direito privado. Com efeito, sobre as primeiras faz incidir, expressamente, um conjunto de disposições de direito público que, liminarmente, compõem um evidente e claríssimo *discrímen* no regime jurídico de umas e outras, pois seus comandos – como, aliás, é óbvio – incidem apenas sobre as empresas estatais. (...) [o autor então cita normas constitucionais próprias das empresas estatais, que instituem-lhes limitações e peculiaridades] 12. Esta volumosa cópia de versículos constitucionais nos quais são versados variados aspectos concernentes às entidades da Administração indireta, quer tenham personalidade de direito público ou de direito privado, *quer sejam exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos*, demonstra de maneira inconfutável, incontestável mesmo, que, por imperativo da própria Lei Maior, o regime jurídico a que se submetem apresenta diferenças profundas em relação à disciplina própria das empresas privadas em geral, já que a estas últimas não se aplica nenhum dos preceitos referidos.” (“Sociedades de economia mista, empresas públicas e o regime de direito público” in *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2009; págs. 346 e 348, grifos do original).

comercial, é muito improvável que o STF obrigasse a estatal a atender a requisição de dados pelo MPF sem uma ordem judicial correspondente. No acórdão, afirmou-se que não incidiria o art. 173 por não estar envolvida uma atuação do BB como banco comercial, o que leva a crer que o seu desempenho como tal faria incidir esse dispositivo constitucional, o que agregaria elementos para se afastar a limitação nessa situação hipotética. Nesse sentido, esse julgado seria um precedente para que se negasse a imposição dessa específica limitação aos bancos estatais.

Na **ADI do BANDES/BANESTES (2000)**, a decisão do STF impediu que incidisse sobre as instituições financeiras estaduais uma limitação que as obrigaria a aceitar, como meio de pagamento de seus créditos por terceiros, precatórios emitidos contra o Estado do Espírito Santo. As estatais bancárias capixabas foram assim protegidas pelo STF, que as desobrigou de receberem créditos de precatórios, que são ativos podres. Deste modo, o julgado não confirma a tendência do tribunal de não considerar a personalidade de direito privado das estatais impeditiva à incidência de limitações. Contudo, é preciso observar que o fundamento central da medida cautelar foi a violação da competência privativa da União para legislar sobre direito civil e comercial (CF/88, art. 22, I), por se tratar de uma norma decorrente de lei estadual. Apesar de haver menção ao artigo 173 da Constituição, não é possível dizer que o resultado do julgamento seria o mesmo se a norma questionada tivesse sido editada pela União.

Nos casos que envolviam limitações trabalhistas, a negativa do STF em impô-las às empresas estatais envolvidas parece estar mais ligada às particularidades da situação jurídica dos empregados do que à das estatais empregadoras. Tratando-se de um vínculo celetista com um empregador que é uma entidade estatal, parece haver uma pressão, manifestada especialmente nos movimentos constituintes estaduais, para que o regime jurídico dos empregados das estatais incorpore benefícios próprios dos servidores públicos com vínculo estatutário.

Chamado ao controle de normas da espécie diante da Constituição Federal, o STF parece reticente em reconhecer aos empregados das empresas estatais tais direitos, que os aproximam dos servidores com vínculo estatutário, invalidando tais normas. Com o objetivo de separar claramente os regimes jurídicos de cada grupo, o Tribunal se recusa a aceitar restrições excepcionais à discricionariedade da empresa estatal empregadora, ou seja, não tolera outras restrições além daquelas já previstas na legislação trabalhista comum, a que qualquer empresa está adstrita.

Perceba-se que, em três dos julgados estudados – a **ADI das empresas estatais potiguares (1989)**, a **ADI das empresas estatais mineiras (1991)** e a **ADI do BRDE/RS-SC-PR (1993)** –, a limitação não foi criada pela Constituição Federal, mas por constituições estaduais que equiparavam a situação jurídica dos empregados das estatais à dos servidores públicos com vínculo estatutário, o que pode ser notado pela própria redação das normas respectivas, que incluíam os empregados das estatais como beneficiários do tratamento dado ao funcionalismo público em geral. Assim, sua invalidação pelo STF (cautelar naquele julgado e definitiva nesses) pode ser vista como uma inconstitucionalidade em relação à Constituição de 1988, que distingue os regimes jurídicos de trabalho dos servidores públicos conforme a espécie de vínculo envolvido, se celetista ou estatutário.

Nos **Casos da demissão sem justa causa de empregados (1999)**, as decisões do STF mostram que a limitação não foi instituída pela Constituição de 1988, sendo que os julgados possuem circunstâncias que sugerem a existência de uma certa interpretação da Constituição, mediante a qual ex-empregados de estatais buscavam socorro no judiciário contra sua demissão.⁹³ Em alguns julgados, percebe-se que tal estratégia obteve sucesso na Justiça Trabalhista, ao passo que outros demonstram justamente o contrário, a recusa dessa justiça especializada em acatar tal tese. De todo modo, os casos que chegaram ao STF tiveram uma resposta uníssona pela não incidência da limitação às empresas estatais envolvidas.

Assim, a recusa do STF em reconhecer tais limitações trabalhistas não contradiz a tendência geral, iniciada pela Constituição de 1988 e seguida pelo STF, de imposição de limitações às empresas estatais, que não é obstada por sua personalidade jurídica de direito privado. Os julgamentos desses casos sugerem mais que o STF tenha efetuado um controle de excessos, cometidos pelos constituintes estaduais, por ex-empregados e por parte da justiça trabalhista, na imposição de limitações às empresas estatais.

Se, por um lado, não se põem mais dúvidas sobre a existência dos deveres das estatais de licitar, de realizar concursos públicos e de sujeitar aos controles próprios da administração pública, de outro lado, cada vez mais se discute *o modo* pelo qual tais limitações incidem sobre as empresas do Estado. Em relação ao dever de licitar, a decisão sobre a validade do regulamento licitatório simplificado da PETROBRÁS, que

⁹³ Reforça essa impressão o fato de que a quase totalidade dos julgados no STF sobre o tema terem sido movidos por um só advogado. Há litígios envolvendo diversas empresas estatais e muitos ex-empregados, mas quase todos esses foram patrocinados pelo mesmo advogado, o que indica a existência de uma estratégia litigante em prol da constituição do direito, ao contrário da sua previsão constitucional.

começa a ser analisada pelo STF, como se viu nos **Casos PETROBRÁS (2006)** e **PETROBRÁS (2006b)**, poderá ser um importante marco para a expansão e a consolidação da tendência legislativa de instituição de regimes licitatórios próprios para empresas estatais, em atenção à sua personalidade jurídica de direito privado e ao seu funcionamento empresarial. Quanto ao dever de promover concursos públicos, essa adaptação de regime jurídico à estrutura empresarial tende a ocorrer com maior naturalidade, por não existir uma lei geral de concursos públicos que tolha a autonomia das entidades estatais, sendo que os conflitos são geralmente resolvidos diretamente pelo judiciário. Em relação à sujeição aos controles interno e externo da administração pública, inclusive por meio do tribunal de contas, há uma forte tendência em se afirmar que o controle deve ser feito com atenção às características empresariais das estatais, de maneira a se evitar que sejam submetidas aos controles típicos das pessoas jurídicas de direito público. Essa foi a preocupação subjacente tanto às decisões de 2002 quanto às de 2005 do STF, cujos resultados foram distintos. Inicialmente, a posição da corte, formada a partir dos **Casos Banco do Brasil (2002)** e **BB-DTVM (2002)**, foi a de que as particularidades organizacionais que as empresas estatais guardam em relação às demais entidades estatais as tornam imunes à fiscalização rotineira dos tribunais de contas, que só caberia quando elas manejassem recursos do erário público. Posteriormente, com uma composição bastante alterada, um novo Plenário do STF manifestou claramente seu incômodo com a fórmula de tornar as estatais imunes ao controle dos tribunais de contas.⁹⁴ Os julgados podem ser vistos como uma crítica do

⁹⁴ O Min. Gilmar Mendes, no julgamento dos **Casos CHESF (2005)** e **Banco do Nordeste do Brasil S/A (2005)**, afirma: “Sr. Presidente, devo confessar que desde o início, quando travei contato com as decisões, principalmente com a decisão tomada no Mandado de Segurança nº 23.875 [**Caso BB-DTVM (2002)**], fiquei incomodado com a fórmula apodítica adotada naquela decisão, especialmente com a afirmação de que os bens e direitos das empresas públicas e sociedades de economia mista não se revestem da qualidade de bens públicos. Isso é especialmente afirmado no voto do Min. Ilmar Galvão. (...) Por outro lado, também se entende, vamos dizer assim, a razão subjacente àquela decisão, que é a possibilidade de o Tribunal de Contas se arvorar em – Vossa Excelência já se referiu – um autêntico tutor dessas entidades, estabelecendo até a orientação que deve balizar as suas decisões internas mais comuns. (...) 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.” O Min. Sepúlveda Pertence, então decano da corte, assim concluiu a assentada de 2005: “Também eu, Senhores Ministros, na companhia dos eminentes Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, sou sobrevivente dos que compuseram a maioria nos MS 23.627 [**Caso Banco do Brasil (2002)**] e 23.875 [**Caso BB-DTVM (2002)**]. A viragem, que os votos já tomados traduzem e à qual adiro, aplaca inquietações que me haviam restado dos precedentes em relação à afirmação peremptória e apodítica, neles contida, de que as empresas estatais ficavam, em qualquer caso, imunes, indenes à ação fiscalizadora do Tribunal de Contas. Assim, o meu voto soma-se aos já pronunciados para indeferir ambos os mandados de segurança, à base de estarem, sim, as duas empresas estatais envolvidas, sujeitas à tomada de contas especial do Tribunal de Contas, com base no art. 71, II, da Constituição e no art. 8º da sua Lei Orgânica. Também deixo explícito [*sic*] outra fonte de preocupações, que há de ter pesado nos precedentes: a de que essa fiscalização se pode

novo Plenário ao anterior, como se aquele dissesse que, diante das particularidades organizacionais das estatais, este havia “jogado fora o bebê junto com a água suja do banho” ao restringir demasiadamente a atuação das cortes de contas, apenas às hipóteses de uso de recursos do Tesouro. Por isso, nos **Casos CHESF (2005)** e **Banco do Nordeste do Brasil S/A (2005)**, com a mesma preocupação de evitar a incidência de uma fiscalização que não respeite as particularidades e a autonomia das empresas estatais, e, especialmente, pelo receio de que os controladores atuem de forma a substituir os gestores, o STF afirmou a constitucionalidade do controle externo das estatais com a fiscalização dos tribunais de contas, mas, simultaneamente, fez várias ponderações sobre as suas particularidades, realçando o papel do judiciário para coibir excessos e garantir o adequado exercício das competências constitucionais envolvidas.

Esse debate sobre o modo de incidência das limitações pode ser considerado como “a nova fronteira” para a definição do regime jurídico das empresas estatais. Sendo inequívoco que tais entidades estatais devem obedecer a normas constritivas próprias, incidentes em razão de sua própria estatalidade e que não atingem as empresas do setor privado, o desafio que agora se coloca é a obtenção de um ponto ótimo na imposição das limitações, que possibilite a realização dos objetivos específicos por elas visados ao mesmo tempo em que respeite a sua estrutura empresarial e autonomia decorrentes da descentralização administrativa, prestigiando os valores da igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.⁹⁵ À ciência jurídica cabe compreender adequadamente tais especificidades das empresas estatais e alertar para os problemas surgidos, na prática jurídica, pela aplicação das limitações.

II.3.3) Os privilégios

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.”.

⁹⁵ Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pagani de Souza, ao tratar do regime licitatório nas empresas estatais, ponderam: “Lançando este olhar, percebemos que a criação das estatais teve, de início, um legítimo propósito de despublicização, de certa libertação das amarras que o regime publicístico impunha a um Estado que precisava lutar pelo desenvolvimento econômico da nação. Paulatinamente, no entanto, este propósito original foi sufocado por um pensamento jurídico que caminhou no sentido da publicização do regime das empresas estatais – até que tal publicização se mostrou excessiva, tornando fórmula vazia a afirmação da sua sujeição ao direito privado. Nos dias de hoje, quiçá, estamos nos dando conta dos excessos cometidos, buscando um equilíbrio na balança que, de alguma maneira, recupere o que aquela aspiração original de despublicização tinha de útil e consentâneo com o interesse público.” (“Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério” *in Revista de Direito Administrativo* n° 245. Rio de Janeiro, Atlas e FGV, maio-agosto 2007; págs. 19 e 20).

Privilégios são vantagens das empresas estatais, que lhes são atribuídas por pertencerem à administração pública e, por isso, não são extensíveis às empresas do setor privado.

Para se identificar um privilégio do tipo, é preciso realizar uma comparação entre a incidência de uma mesma norma na empresa do setor privado e na empresa estatal. Quando a norma for aplicável apenas à estatal, e trazer a ela uma vantagem perante a empresa do setor privado, estar-se-á diante de um privilégio.

A constatação de um privilégio pressupõe que a norma seja testada diante de uma empresa do setor privado postada na mesma condição da empresa estatal. Assim, se certa vantagem envolve uma empresa estatal prestadora de serviço público, é necessário analisar se a norma é extensível a uma empresa do setor privado também prestadora de serviço público. Se for extensível, em razão da necessidade de proteção do serviço público em si, por exemplo, não se estará diante de um privilégio. Se não for extensível, estará caracterizado o privilégio.

A *origem* desses privilégios é externa às empresas estatais, constituindo uma espécie de extensão das *prerrogativas* do Estado, ou seja, pelos direitos especiais conferidos pela ordem jurídica às pessoas de direito público.

O direito administrativo reconhece ao Estado um conjunto de prerrogativas, um todo de direitos especiais, a ele atribuído como forma de protegê-lo e de instrumentá-lo para o cumprimento de valores considerados relevantes pela ordem jurídica. De um lado, as prerrogativas constituem medidas de proteção especial a certas pessoas, por sua função social, e a determinados objetos, em razão de sua destinação. Trata-se, então, de uma forma de a ordem jurídica proteger as *pessoas de direito público* e os *bens e serviços públicos*. De outro lado, as prerrogativas são, também, poderes, vistos como necessários para o cumprimento de finalidades de interesse da sociedade.⁹⁶⁻⁹⁷⁻⁹⁸

⁹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello explica as prerrogativas do Estado a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: “Supremacia do interesse público sobre o privado. 50. Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. No campo da Administração, deste princípio procedem as seguintes conseqüências ou princípios subordinados: a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações. 51. (a) Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão. Traduz-se em privilégios que lhes são atribuídos. Os efeitos desta posição são de diversa ordem e manifestam-se em diferentes campos. (...) Quem exerce ‘função administrativa’ está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da

Ao instituir as prerrogativas do Estado, o ordenamento jurídico ora o faz em função da pessoa, ora em razão do objeto. Naquela hipótese, o critério para a atribuição de prerrogativas é o da personalidade jurídica, concedendo-se às *peças de direito*

Administração é legítimo se, quando e na medida do indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações. (*Curso de Direito Administrativo*. 26ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2009; págs. 69, 70 e 72). Ocorre atualmente um relevante debate em torno deste princípio e de sua pertinência para o direito administrativo contemporâneo. Sobre o tema, ver o livro de Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, especialmente seu “Capítulo III – Do princípio da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade”, onde o autor também aborda o tema das prerrogativas da administração pública, propondo que sua constitucionalidade seja avaliada diante de um método de análise de proporcionalidade, ao invés de sua justificativa “à luz de uma regra de prevalência apriorística e absoluta dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais”, referindo-se ao uso do princípio da supremacia do interesse público (Rio de Janeiro, Renovar, 2006; pg. 114). Fiz uma apresentação ao debate em torno desse princípio no livro *Introdução ao Direito Administrativo – Série GVlaw*, coordenado por Carlos Ari Sunfeld e Vera Monteiro, na apresentação ao “Capítulo 1 – Princípios do Direito Administrativo” (São Paulo, Saraiva e DireitoGV, 2008; págs. 3 a 5).

⁹⁷ Carlos Ari Sunfeld trata das prerrogativas do Estado ao mostrar o papel do direito público em garantir o *equilíbrio entre autoridade e liberdade*: “3. Assim, o direito público tem a complexa missão de regular, de modo equilibrado, as relações entre o Estado – que exerce a autoridade pública e o conseqüente poder de mando – e os indivíduos – que devem se sujeitar a ele, sem perder sua condição de donos do poder e titulares de direitos próprios. (...) 4. A primeira constatação a respeito do regime das relações de direito público é a de que um dos sujeitos da relação, o Estado, exerce o poder de autoridade, desfrutando de prerrogativas de que não se encontram equivalentes no direito privado. Entre elas brilham especialmente os poderes de, unilateralmente, impor deveres aos indivíduos e de alterar as relações já constituídas. Esse é, certamente, o aspecto de percepção mais imediata.” (*Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed., 4ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 2003; págs. 110 e 111, grifei).

⁹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro aborda o tema das prerrogativas ao tratar do regime jurídico administrativo: “A expressão *regime jurídico da administração pública* é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão *regime jurídico administrativo* é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa. Basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a duas palavras apenas: *prerrogativas* e *sujeições*. (...) Assim, o Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a *proteção aos 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-se 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*. Isso significa que a Administração Pública possui *prerrogativas* ou *privilégios*, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a auto-executoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda de determinados privilégios, como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos.” (*Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo, Atlas, 2009; págs. 60 e 61, grifos do original).

público determinadas regras de proteção especial. As prerrogativas são vistas como meios de proteger as pessoas jurídicas de direito público, pelo reconhecimento do papel especial que possuem na sociedade. Diferentemente, nesta hipótese, o critério para a fixação de prerrogativas é o do objeto, pela destinação social que certos bens e serviços têm. São, então, instituídas prerrogativas com o objetivo de resguardar os *bens e serviços públicos*. Como as prerrogativas são concedidas em função do objeto, elas produzirão efeitos mesmo quando pessoas de direito privado, do setor privado ou estatais, detenham bens públicos ou prestem serviços públicos.

Para os fins desta pesquisa, interessa perceber as prerrogativas como *proteções especiais* que o ordenamento jurídico concede às pessoas de direito público. São essas regras que, quando aplicadas às empresas estatais, lhes geram privilégios. Como exemplos de prerrogativas com esse sentido, encontram-se a impenhorabilidade dos bens das pessoas de direito público (art. 100 da CF/88 e art. 730 do Código de Processo Civil); a imunidade à tributação do patrimônio, renda e serviços das pessoas de direito público (art. 150, VI, *a*, §§ 2º e 3º da CF/88); e as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, como prazos maiores para a realização de atos processuais (prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer para as pessoas de direito público – art. 188 do CPC e art. 10 da Lei 9.469/97), duplo grau obrigatório de jurisdição (para as sentenças proferidas contra as pessoas de direito público e as que julgarem procedentes, ainda que parcialmente, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública – art. 475, I e II do CPC), entre outras.⁹⁹

Não se considera privilégio, então, a atribuição de poderes de autoridade pública às empresas estatais, como ocorre quando elas exercem poder de polícia. De fato, nessa hipótese não se está diante de regra que lhe propicie uma vantagem diante das empresas do setor privado, mas de uma regra que atribuiu o exercício de determinada atividade estatal de controle social a uma empresa do Estado. É a própria finalidade da atuação da empresa que está em questão aqui, e não os meios protetivos de que dispõe para tanto.

Portanto, ao usar a expressão *prerrogativas do Estado*, a referência que essa pesquisa faz é às regras especiais de proteção das pessoas jurídicas de direito público. Quando tais regras forem transferidas às empresas estatais, e não puderem, por força de seu próprio fundamento legal ou jurisprudencial, ser estendidas às empresas do setor privado na mesma situação, a expressão usada será *privilégios das empresas estatais*.

⁹⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro elenca as prerrogativas processuais da Fazenda Pública em seu *Direito Administrativo* (22ª ed. São Paulo, Atlas, 2009; págs. 745 a 754).

Daí a pesquisa afirmar que privilégios são excepcionalidades ao regime jurídico empresarial, decorrentes da transferência às estatais das prerrogativas do Estado, detidas pelas pessoas jurídicas de direito público. Ao se tornarem aplicáveis às empresas estatais, se transformam em privilégios, em vantagens detidas por empresas situadas em uma categoria diferenciada, em função de sua estatalidade.¹⁰⁰

Da circunstância de os privilégios das estatais possuírem origem nas prerrogativas das pessoas de direito público decorre uma constatação importante: *os privilégios são anômalos*. Tratando-se de uma norma concebida em função das especificidades das pessoas de direito público, um privilégio para uma empresa estatal representa uma anomalia para a sua personalidade jurídica de direito privado. A princípio, as empresas estatais não detêm privilégios, porque a sua personalidade jurídica de direito privado, da qual deriva o seu regime jurídico básico, não traz consigo normas de tal espécie.

A opção pela forma empresarial, considerada adequada pelo Estado no ato de criação da estatal, afasta dela as prerrogativas que existiriam no ato de descentralização que criasse uma pessoa de direito público. Por isso, a princípio, tais normas não se ajustam à personalidade de direito privado das empresas estatais. Tendo sido concebidas para lidar com as especificidades das pessoas de direito público, pode haver dificuldades de compatibilização com a estrutura empresarial das estatais.

¹⁰⁰ A noção de privilégio pode ser ampliada, se se levar em conta os aspectos econômicos de atuação das empresas estatais. Alberto Alonso Ureba, Professor de Direito Mercantil da Universidade Complutense de Madrid, dá conta dessa dimensão em livro publicado em 1985, elencando outros mecanismos estatais propiciadores de privilégios para suas empresas. Ao tratar da experiência europeia com a utilização de empresas estatais no século XX, ele relata que, mesmo com a existência de privilégios, os resultados de sua utilização pelo Estado não foram satisfatórios: “La empresa pública cuenta hoy con una cierta experiencia en los distintos países europeos, avalada, además, por el hecho de haber operado en períodos económicos distintos con distintas notas condicionantes (los períodos de guerra y posguerra, crisis de los años 30, el desarrollismo de los años 50 y 60, y la ya larga crisis actual) y bajo diferentes alternativas de poder político. Y esta experiencia arroja hoy algunos datos importantes. *Mientras en general la empresa pública actual goza, frente al sector privado, de importantes privilegios que van desde el disfrute de situaciones de monopolio, vías especiales de crédito, subvenciones, dotaciones presupuestarias, adscripciones patrimoniales, exenciones fiscales, etc., sus resultados globalmente considerados han sido claramente negativos: escasa productividad, importantes pérdidas y endeudamiento, altos costes de personal, pérdida de competitividad internacional..., son notas comunes, sin perjuicio de matizaciones y excepciones, a países como Francia, Reino Unido, Italia, Alemania e igualmente extendibles a la realidad española*. Estos resultados se han producido tanto en los sectores de servicio público como en los industriales o comerciales competitivos, sin que los estudios que al respecto se han hecho permitan una justificación razonable en función de la ‘rentabilidad social’ implícita en los fines de interés público que persiguen estas empresas, señalándose, además, las graves consecuencias que para el conjunto del sistema económico tiene un sector público ineficaz: alta repercusión presupuestaria y, por tanto, fiscal, canalizando así gran parte de los recursos productivos.” (*La empresa pública – aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*. Madrid, Montecorvo, 1985; págs. 424 a 426. Grifos nossos. Autor e trecho também citados por Carlos Ari Sunfeld em seu “A participação privada nas empresas estatais”, publicado na obra coletiva por ele coordenada *Direito Administrativo Económico*. 1ª ed, 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 2002; pg. 270).

Como traços característicos que são das pessoas jurídicas de direito público, os privilégios representam mitigações pontuais da personalidade de direito privado das empresas estatais. Quando uma prerrogativa do Estado é introduzida no regime jurídico de uma empresa estatal, transformando-se em um privilégio, a sua personalidade de direito privado é parcialmente deformada, distorcendo-se o seu caráter empresarial. A cada novo privilégio que é afirmado para uma empresa estatal, ocorre um afastamento do regime jurídico básico empresarial num caminho rumo à personalidade de direito público. Tendo origem em uma norma de uma pessoa de direito público, a incidência de um privilégio sobre a empresa estatal aproxima-a do regime jurídico das pessoas de direito público, não obstante seu regime jurídico básico seja o empresarial, decorrente da sua personalidade de direito privado. Daí poder-se afirmar que a concessão de privilégios para uma empresa estatal induz à sua *autarquização*, no sentido de que seu regime jurídico passa a se aproximar do das autarquias, entidades estatais descentralizadas cujo regime jurídico básico decorre da sua personalidade de direito público.

Como se afirmou, a opção do Estado pela criação de uma pessoa jurídica de direito privado repele, num momento inicial, as prerrogativas detidas pelas pessoas jurídicas de direito público. Por isso, para que as empresas estatais gozem de tais regras de proteção especial em seu regime jurídico, é necessário que ocorra alguma atribuição normativa. Os privilégios surgem, então, como uma concessão do ordenamento jurídico, a partir de previsão em lei ou por decisão judicial que a substitua.¹⁰¹⁻¹⁰² Como a

¹⁰¹ Hely Lopes Meirelles, ao tratar do regime jurídico das empresas públicas, afirma: “Finalmente, é de se relembrar que as empresas públicas não possuem, por natureza, qualquer privilégio administrativo, tributário ou processual, só auferindo aqueles que a lei instituidora ou norma especial expressamente lhes conceder.”. Depois, ao tratar do regime jurídico das sociedades de economia mista, sustenta: “Mas a opção pela forma da sociedade e a determinação de seu objeto ficarão sempre na alçada da entidade estatal que a instituir, observando-se os princípios constitucionais pertinentes e a compatibilidade do serviço ou da atividade com a personalidade privada da instituição, que, por natureza, não tem qualquer prerrogativa pública, salvo as que a lei conceder expressamente. (...) Ao concluir, permitimo-nos relembrar que as sociedades de economia mista, como os demais entes paraestatais, não têm, por natureza, qualquer privilégio estatal, só auferindo as prerrogativas administrativas, tributárias e processuais que lhes forem concedidas especificamente na lei criadora ou em dispositivos especiais pertinentes, conforme a doutrina exposta precedentemente e a firme orientação da jurisprudência.” (*Direito Administrativo Brasileiro*. 17ª Ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Malheiros, 1992; págs. 329, 333 e 335).

¹⁰² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar do regime jurídico das entidades da administração indireta, sustenta: “Onde está, portanto, a diferença entre as pessoas públicas e as pessoas privadas que compõem a Administração Indireta do Estado? A diferença primordial está nas prerrogativas e restrições próprias do regime jurídico administrativo (item 3.3.2), como autoexecutoriedade, autotutela, possibilidade de alteração e rescisão unilateral dos contratos, impenhorabilidade de seus bens, juízo privativo, imunidade tributária, sujeição à legalidade, à moralidade, à licitação, à realização de concursos públicos etc. As pessoas públicas (autarquias e fundações de direito público) têm praticamente as mesmas prerrogativas e

previsão normativa de um privilégio pode se restringir a uma empresa estatal, sem necessariamente estender-se a todas que se encontram em situação semelhante, é reiterado o seu caráter anômalo, na medida em que certas estatais poderão deter certo privilégio, ao passo que outras, em idêntica situação, não necessariamente o terão.

Esta pesquisa investiga a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os privilégios das empresas estatais. Antes, porém, de passar à sua análise, é necessário compreender o art. 173 da Constituição, que é um dispositivo essencial para o estudo do tema dos privilégios das empresas estatais. É o que faremos no próximo capítulo, quando já iniciaremos a análise jurisprudencial, a ser encerrada no capítulo subsequente.

sofrem as mesmas restrições que os órgãos da Administração Direta, e as pessoas de direito privado só possuem as prerrogativas e sujeitam-se às restrições expressamente previstas em lei.” (*Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo, Atlas, 2009; pág. 423 e 424).

III – A proibição aos privilégios das empresas estatais de atividade econômica na Constituição Federal de 1988

Este capítulo tem por objetivo analisar a norma constitucional que impede às empresas estatais de atividade econômica a fruição de privilégios. Para tanto, realiza uma leitura normativa do artigo 173 da Constituição Federal, que é seguida das principais considerações doutrinárias que o tomam por base, para então realizar a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente são vistos os casos do tribunal que julgaram privilégios para as empresas estatais de atividade econômica, verificando-se a aplicação da norma proibitiva em cada um deles. Por fim, é estudada a jurisprudência do STF envolvendo a norma do § 3º do art. 164 da Constituição, com a finalidade de contrapor a posição do tribunal em ambas as situações.

III.1) A proibição de privilégios para as empresas estatais

Uma série de dispositivos da Constituição Federal de 1988 instituem normas que disciplinam as empresas estatais e suas relações jurídicas. Há um tratamento esparsos, que exige atenção do intérprete a todo o texto constitucional no momento de extrair o regime jurídico de tais entidades estatais. Contudo, o estudo dos privilégios das empresas estatais demanda um enfoque mais detido no artigo 173 da Constituição de 1988. Isto porque dali surgem normas constitucionais relevantes para o tema, que condicionam a formação das normas infraconstitucionais e a interpretação do ordenamento jurídico.

Inserido no Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica – do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – da Constituição de 1988, o artigo 173 normatiza um conjunto de matérias que envolvem as relações entre o Estado e a economia. Interessa para esta pesquisa o que se contém em seu *caput* e nos §§ 1º a 3º. No *caput*, o dispositivo restringe a “exploração direta de atividade econômica pelo Estado” às situações de necessidade diante dos “imperativos da segurança nacional” ou de “relevante interesse coletivo”, cuja definição vem da lei, “ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.¹⁰³

¹⁰³ Assim redigido: “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.”

Na sequência, o seu § 1º, modificado pela Emenda Constitucional 19, de 1998, atribui à legislação a definição do “estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”, fixando, nos incisos I a V seguintes, normas sobre o regime jurídico das empresas estatais. Dali constam comandos ao legislador e ao intérprete, para a criação de novas normas e para a sua operacionalização harmônica aos valores constitucionais.¹⁰⁴ É de se observar que a redação originária do § 1º do artigo 173 era menos abrangente e detalhada do que a atual, dispondo que as estatais que explorassem “atividade econômica” ficavam sujeitas “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.¹⁰⁵

Em seu § 2º, o art. 173 veda às empresas estatais usufruírem vantagens fiscais que não sejam extensivas às empresas do setor privado.¹⁰⁶

E, no § 3º, o art. 173 incumbe à legislação a regulamentação das relações mantidas pelas empresas públicas com, de um lado, o Estado e, de outro, a sociedade.¹⁰⁷ Perceba-se que esse dispositivo fala somente das empresas públicas, sem mencionar as sociedades de economia mista, atentando ao fato de que aquelas podem revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito, ao contrário dessas, que são necessariamente sociedades anônimas (art. 5º, II e III do Decreto-lei 200/67). Essa fórmula excessivamente aberta demanda, ao ver do poder constituinte derivado, uma disciplina normativa própria para cuidar das relações da empresa pública com a entidade estatal que lhe controla e das relações com a sociedade em geral. Com essa preocupação, o constituinte derivado encarregou o legislador ordinário de estabelecer normas que disciplinem, de maneira especial, as empresas públicas. Quando a empresa pública for

¹⁰⁴ A redação atual do dispositivo é a seguinte: “§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.”

¹⁰⁵ Confira-se: “§ 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

¹⁰⁶ Nos seguintes termos: “§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”

¹⁰⁷ Da seguinte forma: “§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.”

sociedade anônima, assim como são todas as sociedades de economia mista, ela já contará com um conjunto bem delineado de normas com essa finalidade, constantes da legislação societária, em especial da Lei 6.404/76.

Dos §§ 1º e 2º do artigo 173 emana uma norma constitucional envolvendo o tema desta pesquisa. Decorre de tais dispositivos uma *proibição a que empresas estatais detenham privilégios*, ou seja, vantagens não extensíveis às empresas do setor privado. Ao sujeitar as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias “que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”, a Constituição impede que empresas estatais usufruam prerrogativas do Estado, que não constam do regime jurídico das empresas do setor privado (art. 173, § 1º, II). E ao vedar que as empresas públicas e sociedades de economia mista gozem de “privilégios fiscais não extensivos” às empresas do setor privado, a Constituição estabelece uma restrição específica à concessão de vantagens de natureza fiscal para empresas estatais (art. 173, § 2º).

Mas qual é o âmbito de aplicação da norma que proíbe às empresas estatais desfrutarem privilégios? Estariam atingidas por ela quaisquer empresas estatais? Ou a vedação seria direcionada apenas a determinadas categorias de estatais? As questões são relevantes, porque é possível identificar tendências de aplicação restritiva desta norma constitucional na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

III.2) A proibição de privilégios para as empresas estatais de atividade econômica, segundo a doutrina

A explicação doutrinária da norma que proíbe às empresas estatais a fruição de privilégios é feita com foco no artigo 173 da Constituição Federal de 1988. Interpretando-o, a doutrina parte da constatação de que a Constituição Federal prevê e garante a existência de uma esfera de *liberdade econômica*, um campo de atuação próprio dos particulares, cujo acesso lhes é, em regra, garantido. Por isso, a Constituição institui a *livre iniciativa* como um valor social que, ao lado do trabalho, é um fundamento da República Federativa do Brasil, dando sustentação à sua ordem econômica (art. 1º, IV c/c art. 170, *caput*).¹⁰⁸ Por meio da livre iniciativa, a Constituição

¹⁰⁸ Celso Ribeiro Bastos comenta a liberdade de iniciativa: “Na verdade essa liberdade é uma manifestação dos direitos fundamentais, rol em que deveria estar incluída. De fato, o homem não pode

assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único). Esse fundamento republicano é complementado e, de certa forma, garantido, pela *livre concorrência*, que é um princípio geral da atividade econômica (art. 170, IV, CF/88).¹⁰⁹ Isto porque a proteção da livre concorrência implica em uma ação do Estado, destinada a manter as condições de acesso dos agentes aos mercados, por meio do controle de suas estruturas, e a reprimir o abuso de poder prejudicial ao equilíbrio econômico, para o que lhe são atribuídas competências para aplicar sanções aos agentes que cometam infrações contra a ordem econômica (art. 173, § 4º, CF/88).

Com base nessa ideia de proteção da liberdade econômica, compreende-se que a atuação do Estado como agente econômico tem o potencial de constranger a iniciativa econômica privada. Por isso, a Constituição declara que *a exploração direta de atividade econômica pelo Estado é excepcional*, só sendo permitida quando necessária em virtude de imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, cabendo à lei a definição do que deve ser entendido como tal (art. 173, *caput*). Essa regra não se aplica quando a própria Constituição destacou parcelas da atividade econômica para exploração direta pelo Estado, o que está expresso no próprio dispositivo, quando emprega a locução “ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Sendo a atuação do Estado como agente econômico considerada excepcional pela Constituição, vê-se que ela reservou aos particulares a preferência na exploração das atividades econômicas. Daí a se falar ainda, com base nesse dispositivo constitucional, em *subsidiariedade da atuação do Estado como agente econômico*, legitimada quando a iniciativa privada não tiver capacidade financeira ou incentivos suficientes para desenvolver determinada atividade econômica de interesse coletivo

realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal, vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica, equivalendo ao direito que todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa.” (*Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 7º volume, arts. 170 a 192. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000; págs. 17 e 18).

¹⁰⁹ Celso Ribeiro Bastos afirma: “A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, à diminuição dos seus custos, enfim, na procura constante da criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. O contrário da livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambas situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis com o regime de livre concorrência.” (*Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 7º volume, arts. 170 a 192. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000; págs. 27 e 28).

relevante.¹¹⁰ É de se observar que não há consenso doutrinário sobre a subsidiariedade da ação do Estado nas atividades econômicas, bastando, no entendimento que a nega, que a lei reconheça o seu relevante interesse coletivo, que pode existir mesmo quando a iniciativa privada estiver presente em determinado segmento econômico. Nesse sentido, a atuação do Estado como agente econômico poderia ser prevista em lei como forma de, por exemplo, induzir a competição num dado mercado, o que é de interesse da coletividade.

De todo modo, não há dúvida de que o art. 173 alcança as empresas estatais atuantes no domínio econômico. Assim, se o objeto social da empresa estatal implica na sua atuação em um campo que não é de titularidade estatal, na produção ou comercialização de bens ou na prestação de serviços que o Estado não toma para si, diz-se que ela é uma *empresa estatal exploradora de atividade econômica* ou, simplesmente, *estatal de atividade econômica*. Sua atuação significa a “exploração direta de atividade econômica pelo Estado” de que trata o *caput* do art. 173 da Constituição, por meio de uma de suas criaturas.

Se, nesse desempenho no domínio econômico, o Estado pretendesse exercer suas prerrogativas, suas condições seriam vantajosas diante da situação das empresas do setor privado. A competição pelos mercados não seria isonômica, em prejuízo dos particulares, cujo regime jurídico não alcança certos benefícios detidos pelo Estado. Haveria, desse modo, uma disputa em condições desiguais, cuja desequiparação favoreceria as entidades estatais atuantes na economia. Isso faria com que fosse contrariada a norma que prescreve a excepcionalidade da exploração direta, pelo Estado, da atividade econômica, uma vez que, com condições melhores que as da iniciativa privada, sua atuação na economia tenderia a ser habitual. Ficaria, então, comprometida a liberdade econômica garantida pela Constituição, e prejudicado o domínio econômico como campo de atuação próprio dos particulares.

Para evitar essa incoerência com suas próprias premissas, a Constituição instituiu a norma que *proíbe às empresas estatais, com atuação no domínio econômico, a fruição de privilégios*. Impede-se, de tal forma, que as prerrogativas de Estado lhes

¹¹⁰ Celso Ribeiro Bastos afirma: “O consectário natural desse princípio [da liberdade de iniciativa] é que a atuação do Estado na economia é sempre subsidiária. O Estado não está habilitado a retirar dos particulares, transferindo para a responsabilidade da comunidade, atribuições que aqueles estejam em condições de cumprir por si mesmos. A ação das coletividades públicas no âmbito da economia só se justifica, pois, quando os particulares não possam ou não queiram intervir.” (*Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 7º volume, arts. 170 a 192. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000; pg. 19).

sejam transferidas, por meio da técnica de sujeitá-las ao regime jurídico próprio das empresas privadas. São dados às empresas estatais, quando no desempenho de atividades econômicas em campo externo ao de titularidade estatal, os mesmos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, sendo especificamente vedado que usufruam vantagens fiscais perante as empresas do setor privado (art. 173, § 1º, II e § 2º, CF/88).¹¹¹⁻¹¹²⁻¹¹³

¹¹¹ Ao narrar o surgimento de novas estruturas dentro do Estado italiano na primeira metade do século XX, num movimento que denomina de “‘privatização’ do poder económico público”, que é o próprio surgimento das empresas estatais como hoje as conhecemos, Francesco Galgano afirma que o Estado precisou abdicar de suas prerrogativas para atuar na economia: “A juntar às considerações de eficácia concorreram outras exigências que encorajaram os poderes públicos. A classe empresarial, que no período fascista – no qual se produziu a intensificação máxima da tendência para a privatização –, exercera notoriamente uma acção condicionante muito forte sobre os poderes públicos, era a portadora das ditas exigências. O velho anti-estatismo da burguesia alterara o seu conteúdo. Não se discutia já sobre a necessidade do intervencionismo estatal na economia; necessidade reconhecida e cuja ampliação a burguesia reclamava constantemente. Discutia-se apenas o modo desta intervenção: *o novo limite era que o Estado não devia gozar, na sua acção interventora, do privilégio resultante de sua qualidade perante os particulares, nem sequer utilizar a sua autoridade e o seu poder de coerção; pelo contrário, devia submeter-se às mesmas regras a que estavam submetidos os empresários privados e relacionar-se com eles segundo as ditas regras.* O uso do contrato ‘era uma demonstração de debilidade do poder público, incapaz de fazer valer o seu ponto de vista e obrigado, portanto, a contratar segundo as condições dos particulares’ [o autor cita trecho de S. Rodotà]. A própria utilização da sociedade anônima, quando se realiza como participação do Estado em sociedades privadas pré-existentes, adquire o carácter de um assunto ‘contratado’ com o capital privado: os poderes públicos assumiam o controlo daquelas empresas, ou daqueles sectores produtivos, que a classe empresarial, após uma avaliação dos proveitos ou utilidades, voluntariamente abandonava.”. E, em outra passagem, nega a existência de contradição entre os princípios do Estado de direito e a “privatização do poder económico público”, donde ser legítimo o Estado-empresário não possuir prerrogativas: “A construção do Estado de direito prossegue sem cessar durante o presente século; mas prossegue aí, onde haja motivos para prosseguir: no corpo central do Estado, onde se desenvolvem tarefas político-administrativas ou político-sociais cada vez mais abundantes. Pelo contrário, o Estado de direito não se estende, nem tem motivos para o fazer, no novo corpo do Estado, paulatinamente separado do núcleo originário e constituído pelos aparelhos públicos da economia. Aqui, o Estado torna-se, directamente, intérprete das exigências de criação de riqueza e de valorização do capital. *O primado da economia sobre a política, que está na base do Estado de direito, constitui também a justificação da privatização do poder económico público: o Estado-empresário deve gozar, nas suas relações com os particulares, das mesmas condições que qualquer outro empresário; e, por sua vez, estes devem gozar, face ao Estado, das demais garantias (nem maiores nem menores) que têm, face aos demais empresários.*” (“Um ‘direito comum’ para a economia mista” in *História do Direito Comercial*. Lisboa, Editores, 1980; págs. 151 e 152 e 158; grifei).

¹¹² Celso Antônio Bandeira de Mello, distinguindo as empresas estatais em prestadoras de serviço público e em exploradoras de atividade econômica, afirma: “Já as exploradoras de atividade econômica protagonizam seu empenho em um campo que é, por definição, o terreno próprio dos particulares, das empresas privadas, e ao qual o Estado só por exceção pode acorrer na qualidade de personagem empreendedor; ainda assim, este papel lhe é facultado apenas quando houver sido acicatado por motivos de alta relevância. Em tal hipótese, contudo, justamente para que não se instaure uma ‘concorrência desleal’ com os particulares, a entidade governamental terá de comparecer despojada dos atributos que acompanham os entes governamentais.” (“Sociedades de economia mista, empresas públicas e o regime de direito público” in *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2009; pg. 342).

¹¹³ Celso Ribeiro Bastos, comentando o § 1º do artigo 173 da Constituição, afirma: “É um parágrafo muito importante para revelar a índole da organização jurídica da nossa economia. Ele desempenha um papel de ordem sistemática que transcende em muito o comando que encerra. Neste parágrafo, especificamente no seu inc. II, agasalha-se a idéia de que é possível ao Estado, através de pessoas descentralizadas, desempenhar um papel assemelhado àquele cumprido pelas empresas privadas. Fixou-se no nosso direito crença de que essa convivência é possível. Assim o que se procura é que as empresas

Ao vedar que as empresas estatais usufruam prerrogativas do Estado, a Constituição institui um *dever de igualdade entre as empresas estatais exploradoras de atividade econômica e as empresas do setor privado*. Pode-se afirmar que a norma constitucional que proíbe às empresas estatais de atividade econômica gozarem de privilégios representa um *dever constitucional de igualdade em sentido forte*. Trata-se de um dever porque, por meio da norma, a Constituição impõe ao legislador que atue de modo a garantir a igualdade entre empresas do setor privado e as estatais de atividade econômica, impedindo que essas detenham vantagens não acessíveis àquelas. É um dever em sentido forte porque ele não pode ser excepcionado arbitrariamente pelo legislador, ou seja, não é válida norma legal ou hierarquicamente inferior que crie outras hipóteses de exceção da norma, além daquelas previstas na própria Constituição, sem o atendimento a outros valores constitucionais igualmente relevantes.

Isto significa que a Constituição, ao proibir que as empresas estatais de atividade econômica possuam privilégios, impediu que o seu regime empresarial venha a ser excepcionado por meio de norma infraconstitucional desarrazoada. Assim, o regime jurídico de direito privado das empresas estatais de atividade econômica, decorrente da sua personalidade de direito privado, não pode ser arbitrariamente excepcionado por norma legal que lhe conceda privilégio, por força do art. 173, § 1º, II e § 2º. A Constituição impede que o regime jurídico básico empresarial de tais entidades estatais seja indevidamente mitigado pelo legislador com a instituição de excepcionalidades que lhes tragam vantagens inacessíveis às empresas privadas.

Vê-se que essa interpretação do artigo 173 da Constituição usa as distinções doutrinárias baseadas na dicotomia *prestação de serviço público / exercício de atividade econômica*, causando o efeito de isolar a sua incidência às empresas estatais consideradas exploradoras de atividade econômica que atuem em concorrência com a iniciativa privada. Assim, obtém-se como resultado a aplicação das normas decorrentes desse dispositivo constitucional somente a um dos tipos ideais de empresa estatal, a de atividade econômica, cujo regime jurídico é diferenciado dos regimes das demais espécies de empresa estatal, a de serviços públicos e a de atividade econômica em

públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica submetam-se ao regime jurídico previsto para as empresas privadas. Com que finalidade? Na verdade, com o propósito de impedir que o Estado, exercendo atividade econômica, valha-se de um regime jurídico privilegiado, que torne a sua competição com a empresa privada desastrosa para esta. Em outras palavras, o Estado quer abstrair-se da sua condição de Poder Público para atuar no meio dos particulares, com eles competindo em condições isonômicas. Aliás, essa preocupação é reforçada pelo § 2º do art. 173, que impede a outorga de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado.” (*Ob. Cit.*; pg. 67).

regime de monopólio. Com essa interpretação, esses dois outros tipos ideais de empresa estatal ficam excluídos do campo de incidência do artigo 173 da Constituição Federal de 1988.¹¹⁴⁻¹¹⁵

¹¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello afirma: “Através destes sujeitos auxiliares o Estado realiza cometimentos de dupla natureza: (a) explora *atividades econômicas* que, em princípio, competem às empresas privadas e só excepcionalmente lhe cabem, quando necessário por imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*, da CF); (b) presta *serviços públicos*, encargos tipicamente seus. Há, portanto, dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos. Seus regimes jurídicos não são nem podem ser idênticos, como procuramos mostrar em outra oportunidade. Eros Roberto Grau também enfatiza vigorosamente esta distinção. No primeiro caso é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais possível próximo daquele aplicável à generalidade das pessoas de direito privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas – a quem cabe a senhoria preferencial no campo econômico –, compreende-se que estejam submetidas a disciplina jurídica equivalente à dos particulares. Daí haver o texto constitucional estabelecido que em tais hipóteses submeter-se-ão às mesmas regras aplicáveis às empresas privadas (art. 173, § 1º, II). No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública, propriamente, qual a realização de obras públicas, é natural que sofram mais acentuada influência de princípios e regras ajustados ao resguardo de interesses desta natureza.” (“Natureza essencial das sociedades de economia mista e empresas públicas: conseqüências em seus regimes” in *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2009; págs. 331 e 332, grifos do original).

¹¹⁵ Eros Roberto Grau sustenta: “Como tenho observado, inexistente, em um primeiro momento, oposição entre *atividade econômica* e *serviço público*; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. (...) Daí a verificação de que o *gênero – atividade econômica* – compreende duas *espécies*: o *serviço público* e a *atividade econômica*. Estamos em condições, assim, de superar a ambigüidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão. Para que, no entanto, se a supere, impõe-se qualificarmos a expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota *gênero*, de outra as hipóteses nas quais ela conota *espécie* do gênero. A seguinte convenção, então, proponho: *atividade econômica em sentido amplo* conota gênero; *atividade econômica em sentido estrito*, a espécie. (...) Isto posto, a determinação dos sentidos que assume a expressão *atividade econômica* nos arts. 170, 173 e seu § 1º e 174 da Constituição de 1988 pode ser operada. Por certo que, no art. 173 e seu § 1º, a expressão conota *atividade econômica em sentido estrito*. Indica o texto constitucional, no art. 173, *caput*, as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de *atividade econômica*. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro e do Município – como agente econômico, em área de titularidade do setor privado. (...) Da mesma forma, na redação originária do § 1º do art. 173, alterada pela Emenda Constitucional n. 19/98, a expressão conotava *atividade econômica em sentido estrito*: determinava fossem sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que atuassem no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; o preceito, à toda evidência, não alcançava empresa pública, sociedade de economia mista e entidades (estatais) que prestassem *serviço público*. (...) O resultado de tudo é o seguinte [após a Emenda Constitucional 19/98]: [i] *atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços*, no § 1º do art. 173 da Constituição, significa *atividade econômica em sentido estrito*, razão pela qual pouco mudou em relação aos regimes jurídicos aplicáveis às empresas públicas e às sociedades de economia mista que exploram *atividade econômica em sentido estrito*; (...) Quanto às obrigações tributárias, o § 2º do art. 173 afirma que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. O que resta definitivamente evidente, neste passo, é que tanto o preceito inscrito no § 1º quanto o veiculado pelo § 2º do art. 173 da Constituição de 1988 apenas alcançam empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem *atividade econômica em sentido estrito*. Não se aplicam, pois, àquelas que prestam *serviço público*, não assujeitadas às obrigações tributárias às quais se sujeitam as empresas privadas. As empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais que prestem serviço público, podem gozar de privilégios fiscais, ainda que não extensivos a empresas privadas prestadoras de serviço público em regime de concessão ou permissão (art. 175 da CF 88).” (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 7ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002; págs. 140 a 143 e 145, grifos do original).

Assim, é possível afirmar que a interpretação doutrinária prevalente do artigo 173 da Constituição restringe o seu alcance ao aplicá-lo somente às empresas estatais de atividade econômica não monopolizada. A partir de então, como consequência do uso da distinção entre tipos ideais de empresa estatal conforme a sua atuação, só ficam submetidas às normas dali decorrentes as empresas estatais consideradas exploradoras de atividade econômica, que atuem em regime de concorrência com a iniciativa privada. Entre as normas que só atingem as estatais de atividade econômica está a que proíbe as empresas estatais de usufruírem privilégios diante das empresas do setor privado.

III.3) A proibição de privilégios para as empresas estatais de atividade econômica, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Essa interpretação doutrinária do artigo 173 da Constituição é seguida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que também se mostra restritiva quanto ao alcance da norma que proíbe às empresas estatais fruírem privilégios. Assim, o STF impede que empresas estatais exploradoras de atividade econômica, com atuação em concorrência com a iniciativa privada, gozem de privilégios. A jurisprudência do STF usa as distinções entre tipos ideais de empresas estatais que têm por efeito isolar a norma que proíbe a fruição de privilégios às empresas de atividade econômica que concorram com as empresas do setor privado.

Em 1997, o Plenário do STF apreciou, em sede cautelar, a constitucionalidade de norma legal que afastava as entidades da administração pública de todos os entes federativos, inclusive as empresas públicas e sociedades de economia mista, da incidência das normas trabalhistas sobre o advogado empregado, constantes do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.¹¹⁶⁻¹¹⁷ A norma questionada tornava

¹¹⁶ O dispositivo questionado era o art. 3º da Medida Provisória 1.522-2/96, assim redigido: “Art. 3º As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.”. Posteriormente, ele foi transformado no art. 4º da Lei 9.527/97.

¹¹⁷ As normas excepcionadas constam dos artigos 18 a 21 da Lei 8.906/94, assim redigidas: “CAPÍTULO V - Do Advogado Empregado - Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia. Parágrafo único. O advogado empregado não está obrigado à prestação de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego. Art. 19. O salário mínimo profissional do advogado será fixado em sentença normativa, salvo se ajustado em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva. § 1º Para efeitos deste artigo, considera-se como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, no seu escritório ou em atividades externas, sendo-lhe reembolsadas as despesas feitas com transporte,

as empresas estatais imunes às normas trabalhistas dos advogados empregados, entre as quais estavam as que estabeleciam restrições à jornada de trabalho de tais profissionais e as que lhes davam (a eles, advogados empregados) o direito à percepção de honorários de sucumbência nas causas em que o empregador, ou pessoa por ele representada, fosse parte. Como as normas trabalhistas dos advogados empregados se aplicam às empresas do setor privado, a imunidade obtida pelas empresas estatais em geral significava um privilégio, que lhes trazia vantagens, entre as quais a de não atender as restrições trabalhistas excedentes às da legislação ordinária e a de terem o direito à percepção de honorários de sucumbência nas causas em que os advogados empregados atuassem. Esta é a **ADI dos advogados empregados (1997)**.¹¹⁸

O STF deferiu a cautelar para suspender parcialmente a eficácia da norma, sem redução de texto, apenas quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio. Por meio da técnica da interpretação conforme a Constituição, o STF negou, às empresas estatais de atividade econômica que atuam em regime de concorrência, o privilégio da insubmissão às normas trabalhistas do advogado empregado, ao mesmo tempo em que o afirmou para as empresas estatais de serviço público e para as estatais de atividade econômica monopolizada. O fundamento que utilizou para tanto foi o de que a norma questionada violou o § 1º do artigo 173 da Constituição de 1988 (à época, ainda em sua redação original), que prevê a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, em concorrência com as empresas privadas. Como o intuito da norma constitucional foi proteger os particulares, ela vedou às empresas estatais o gozo de privilégios. Para o STF, se não há atuação em concorrência com as empresas do setor privado, como presumiu em relação aos serviços públicos e às atividades econômicas monopolizadas, desaparece a finalidade da norma constitucional. O tribunal, assim, considerou a norma

hospedagem e alimentação. § 2º As horas trabalhadas que excederem a jornada normal são remuneradas por um adicional não inferior a cem por cento sobre o valor da hora normal, mesmo havendo contrato escrito. § 3º As horas trabalhadas no período das vinte horas de um dia até as cinco horas do dia seguinte são remuneradas como noturnas, acrescidas do adicional de vinte e cinco por cento. Art. 21. Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados. Parágrafo único. Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado empregado de sociedade de advogados são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo.”.

¹¹⁸ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.552/DF, Requerente – Confederação Nacional das Profissões Liberais, Requerido – Presidente da República (Plenário, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 17/04/1997). Posteriormente, por decisão do novo Relator Min. Celso de Mello, a ação foi julgada prejudicada, diante da perda superveniente de objeto.

constitucional inaplicável para as empresas estatais que desempenhem serviço público ou explorem atividade econômica em regime de monopólio.

Em 2001, o Plenário do STF negou a pretensão do BRDE – Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul de ver declarada a imunidade tributária que impediria a União de prosseguir com a cobrança de impostos federais. Trata-se do **Caso BRDE (2001)**.¹¹⁹ Apesar de o BRDE se afirmar uma autarquia interestadual, formada a partir da vontade comum dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, e de ter essa qualificação jurídica expressa em seus atos constitutivos, o STF julgou inexistir essa condição, considerando que sua natureza jurídica é a de empresa pública. Como tal, não foi acolhida a pretensão de gozar da imunidade tributária que a Constituição declara em seu artigo 150, inciso VI, alínea *a* e § 2º, que impede aos entes federativos instituir impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços das autarquias dos demais entes federativos.¹²⁰ Possibilitou, assim, que a União mantivesse a tributação sobre o BRDE. Dessa forma, foi negado a esta empresa pública o privilégio da imunidade tributária, que lhe possibilitaria usufruir a proteção à tributação pelos entes federativos, que é uma prerrogativa do Estado, própria das pessoas jurídicas de direito público.

Em 2002, o Plenário do STF julgou causa envolvendo a IMBEL – Indústria de Material Bélico do Brasil, que, citada para responder a ação judicial nos Estados Unidos da América, buscava se eximir do cumprimento da carta rogatória. Após ter a impugnação negada pelo STF, a empresa pública federal e a União sustentaram, em embargos de declaração, que a carta rogatória não poderia ser executada porque haveria contrariedade à soberania e à ordem pública, e a competência seria exclusiva da justiça brasileira. Se admitidos os embargos de declaração, seria concedido à IMBEL o privilégio da imunidade de jurisdição, que lhe permitiria deixar de responder à citação da justiça norte americana e de ter reconhecida a competência exclusiva da justiça brasileira no julgamento da lide. Haveria, nessa hipótese, uma vantagem, decorrente de

¹¹⁹ Ação Cível Originária 503/RS, Autor – Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDE, Estado do Paraná, Estado do Rio Grande do Sul e Estado de Santa Catarina, Ré – União Federal (Plenário, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25/10/2001).

¹²⁰ Assim redigidos: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; (...) § 2º - A vedação do inciso VI, *a*, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.”.

uma prerrogativa do Estado, que não poderia ser estendida às empresas do setor privado. Trata-se do **Caso IMBEL (2002)**.¹²¹

O Plenário decidiu que a questão não envolvia nem a soberania e nem a ordem pública nacional, porque tal reconhecimento implicaria em admitir a despersonalização da empresa estatal, que é pessoa distinta da União, e também na violação da norma que sujeita as empresas estatais ao direito comum, com o regime jurídico próprio das empresas do setor privado (art. 173, § 1º, II, CF/88). Considerou que os autos indicavam se tratar de disputa envolvendo a comercialização de armas, sem relação com atos de império, não tendo sido caracterizada a competência exclusiva da justiça brasileira. Como a carta rogatória envolvia somente a IMBEL, e não a União, não havia competência do STF para conhecer originariamente da ação, que só existe quanto aos litígios entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e os entes federativos, estando excluídas as entidades estatais de direito privado (art. 102, I, e, CF/88)¹²². E considera que, ainda que União fosse parte, deveria ser avaliado se estava envolvido ato de império ou de ato de gestão. Desproveu, assim, os embargos declaratórios, entendendo inexistir motivos que impedissem a continuidade da execução da carta rogatória.

Em 2003, o STF encerrou o julgamento de norma legal do Distrito Federal que havia definido o valor do adiantamento da remuneração de férias dos empregados das empresas estatais em quarenta por cento da respectiva remuneração líquida mensal.¹²³ A eficácia da norma já havia sido suspensa por força de medida cautelar concedida em 1997, tendo sido, ao final, declarada inconstitucional. É a **ADI das empresas estatais distritais (2003)**.¹²⁴ A norma implicava em um privilégio para as empresas estatais porque a legislação trabalhista garante, para os empregados das empresas em geral, o

¹²¹ Embargos Declaratórios em Agravo Regimental em Carta Rogatória 9.790 – Estados Unidos da América, Embargantes – IMBEL – Indústria de Material Bélico do Brasil e União (Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/06/2002).

¹²² Assim redigido: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;”.

¹²³ A norma constava da Lei distrital 1.139/96, que assim dispunha: “Art. 1º O adiantamento da remuneração de férias a servidor da administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Distrito Federal será concedido no percentual de 40% (quarenta por cento) da remuneração líquida do respectivo mês, mediante solicitação expressa do servidor. § 1º O adiantamento de que trata este artigo será descontado da remuneração do servidor em duas parcelas mensais sucessivas, de idêntico valor. § 2º O desconto de que trata o parágrafo anterior terá início quando do pagamento do restante da remuneração relativa ao mês das férias.”.

¹²⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.515/DF, Requerente – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI, Requeridos – Governador do Distrito Federal e Câmara Legislativa do Distrito Federal (Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 12/02/2003).

adiantamento da remuneração das férias em sua integralidade (art. 145, *caput* da Consolidação das Leis do Trabalho)¹²⁵. Assim, todas as empresas estatais do Distrito Federal só estavam obrigadas a adiantar menos da metade da remuneração das férias de seus empregados.

O STF teve por violada a norma constitucional que sujeita as empresas estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às suas obrigações trabalhistas (art. 173, § 1º, II), bem como a que outorga competência legislativa privativa à União para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I), que considerou não ceder diante da competência detida pelo Distrito Federal para disciplinar o regime jurídico de seus servidores (art. 61, § 1º, II, *c*, *c/c* art. 32, § 1º *c/c* art. 25), por se tratar as estatais de empresas, sujeitas ao direito privado.

Ainda em 2003, a Caixa Econômica Federal – CEF propôs ação cível originária no STF, pretendendo que lhe fosse concedida a imunidade tributária recíproca dos entes federativos. Se admitida a imunidade tributária, seria estendida à CEF uma prerrogativa de Estado, própria das pessoas de direito público. Trata-se do **Caso Caixa Econômica Federal (2003)**.¹²⁶

Em decisão monocrática, o Min. Celso de Mello não conheceu a ação, impedindo que seu julgamento tivesse sequência no STF. Considerou que, ao contrário da hipótese de disputa que oponha autarquias e pessoas políticas, não há conflito federativo na instauração de processos judiciais que pretendam discutir relações tributárias entre empresas estatais e outros entes federativos, condição para que incidisse a competência que permitiria ao STF processar e julgar originariamente a causa (art. 102, I, *f*, CF/88).¹²⁷ Sustentou que, não obstante as empresas públicas sejam integrantes da administração indireta, a respectiva qualificação como pessoas jurídicas de direito privado faz com que não seja aplicável, nem extensível, a imunidade tributária recíproca dos entes federativos.

Em 2004, o STF, como tribunal competente para a execução de título executivo judicial, considerou inaplicável o processo de execução contra a Fazenda Pública (art.

¹²⁵ Confirma-se a disposição da CLT: “Art. 145 - O pagamento da remuneração das férias e, se for o caso, o do abono referido no art. 143 serão efetuados até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período.”

¹²⁶ Ação Cível Originária 663/DF, Autor – Caixa Econômica Federal – CEF, Réu – Distrito Federal (Decisão monocrática do Min. Rel. Celso de Mello, j. 07/04/2003).

¹²⁷ Que possui a seguinte redação: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;”

730 do Código de Processo Civil)¹²⁸ em execução movida contra a Caixa Econômica Federal – CEF. Após a empresa pública federal propor ação rescisória perante o STF, o processo foi julgado extinto sem o exame do mérito e ela foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios e custas processuais. O STF possuía competência originária para o julgamento da ação rescisória, sendo assim o tribunal competente para promover a execução do título executivo judicial que então se formou (CF/88, art. 102, I, *m c/c* CPC, art. 575, I).¹²⁹ É o **Caso Caixa Econômica Federal (2004)**.¹³⁰

Como a CEF não pagou o débito e nem nomeou bens à penhora, o Tribunal aceitou o pedido, do exequente, de que a efetivação da penhora ocorresse preferencialmente em moeda corrente. Considerando que a execução era contra empresa pública, que é pessoa jurídica de direito privado, o STF entendeu não existir óbice à penhora pretendida, declarando a impertinência do processo de execução contra a Fazenda Pública previsto no CPC. Portanto, ao promover os atos da execução contra a CEF, o STF abdicou do processo de execução contra a Fazenda Pública, por tê-lo como inadequado contra uma pessoa jurídica de direito privado, deixando de considerar seus bens impenhoráveis.

Em 2009, o STF deixou de receber recurso extraordinário em que a Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRÁS almejava a declaração de imunidade tributária recíproca, nos termos do art. 150, VI, *a* da Constituição de 1988. Se fosse bem sucedida em sua postulação, o Município de Santos Dumont (SP) ficaria impossibilitado de tributar imóvel da sociedade de economia mista federal, que passaria a desfrutar de privilégio diante das empresas petrolíferas do setor privado. É o **Caso PETROBRÁS (2009)**.¹³¹

O STF, em decisão monocrática do Min. Celso de Mello, negou seguimento ao agravo de instrumento interposto pela empresa estatal, considerando inviável o recurso extraordinário pretendido. Para tanto, fundamentou que o § 1º do artigo 173, ao

¹²⁸ Que assim dispõe: “Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.”

¹²⁹ Assim dispostos, na Constituição Federal: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) *m*) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;”; e no Código de Processo Civil: “Art. 575. A execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante: I - os tribunais superiores, nas causas de sua competência originária;”

¹³⁰ Execução na Ação Rescisória 1.729/SP, Autora – Caixa Econômica Federal, Réu – José Joaquim Sanches (Decisão monocrática do Presidente do STF, Min. Maurício Corrêa, j. 23/03/2004). Após a interposição de embargos à execução pela CEF, o processo pedia de julgamento em 17/02/2010.

¹³¹ Agravo de Instrumento 295.973/SP, Agravante – Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRÁS, Agravado – Município de Santos Dumont (Decisão monocrática do Min. Celso de Mello, j. 12/11/2009).

proclamar o caráter preferencial da atuação da iniciativa privada na exploração de atividade econômica, simultaneamente “veda a possibilidade de o ordenamento positivo dispensar tratamento diferenciado, sob estatuto mais benéfico, às empresas governamentais exploradoras de atividade econômica, que estarão igualmente sujeitas ao mesmo regime jurídico ‘próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários’”. Considerou que a PETROBRÁS, ao explorar atividade econômica em concorrência com as empresas do setor privado, está submetida à disciplina jurídica do art. 173, § 1º, II da Constituição, em atenção ao princípio da livre concorrência.

Os julgados mostram que o Supremo Tribunal Federal sempre impediu que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica gozassem de privilégios. O tribunal vem aplicando a norma constitucional que proíbe a fruição de privilégios para evitar que sobre empresas estatais de atividade econômica não monopolizada incidam normas que as colocariam em situação vantajosa diante das empresas do setor privado.

Em julgamentos que envolveram somente empresas estatais de atividade econômica, o STF entendeu que a norma constitucional que proíbe a fruição de privilégios deveria ser aplicada. Impediu, deste modo, que as estatais respectivas fossem beneficiadas por prerrogativas de Estado, o que lhes propiciaria determinadas vantagens perante as empresas do setor privado. Foram negados, assim, às empresas estatais de atividade econômica envolvidas, os privilégios da imunidade tributária recíproca – **Caso BRDE (2001)**, **Caso Caixa Econômica Federal (2003)** e **Caso PETROBRÁS (2009)** –, de imunidade de jurisdição – **Caso IMBEL (2002)** – e da impenhorabilidade de seus bens – **Caso Caixa Econômica Federal (2004)**.

Como estes casos envolviam somente empresas estatais de atividade econômica, em alguns deles o STF considerou suficiente a constatação da personalidade jurídica de direito privado para que se impedisse a fruição de privilégios. Foi o que ocorreu no **Caso BRDE (2001)**, no **Caso IMBEL (2002)**, no **Caso Caixa Econômica Federal (2003)** e no **Caso Caixa Econômica Federal (2004)**. No **Caso PETROBRÁS (2009)**, além de identificar a personalidade jurídica de direito privado, o STF ainda comprovou que se trata de empresa estatal que explora atividade econômica em concorrência com as empresas do setor privado.

Em julgamentos que envolveram empresas estatais indistintamente, o STF permitiu que apenas as normas nacionais concedessem privilégios para as estatais prestadoras de serviço público e as de atividade econômica monopolizada, mas não para

as de atividade econômica não monopolizada. Ao decidir a **ADI dos advogados empregados (1997)**, a corte admitiu que o regime trabalhista daquelas espécies de estatais fosse excepcionado para que elas não se submetessem às normas do advogado empregado, mas ao mesmo tempo vedou que as de atividade econômica se aproveitassem da norma que lhes garantia o privilégio. Na **ADI das empresas estatais distritais (2003)**, o tribunal impediu que normas do Distrito Federal estabelecessem uma diferenciação no regime trabalhista seguido pelas estatais distritais, em desfavor dos seus empregados, por considerar desrespeitada a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho (CF/88, art. 22, I), que havia estabelecido norma nacional distinta. Por isso, invalidou a norma tanto para as estatais de serviço público e de atividade econômica monopolizada quanto para as de atividade econômica em regime de concorrência com empresas do setor privado.¹³²

A jurisprudência mostra que o STF lida com as distinções doutrinárias que propõem a diferenciação de regimes jurídicos a partir de espécies de empresas estatais, classificadas conforme a sua atuação. No raciocínio contido nessa forma de decidir, se a empresa prestar serviços públicos ou exercer atividade econômica monopolizada, os privilégios não devem ser afastados. Assim, ao usar as distinções, o STF é restritivo na aplicação da norma que proíbe às empresas estatais a fruição de privilégios, limitando a sua aplicação às de atividade econômica não monopolizada.

Portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se apresenta refratária aos privilégios das empresas estatais de atividade econômica, tendendo a negá-los sempre que pleiteados ou questionados em juízo. Diante de empresas de atividade econômica, o tribunal sempre viu com maus olhos a possibilidade de que gozassem de privilégios, o que o levou a afastá-los.

III.4) A exceção constitucional à proibição de privilégios das empresas estatais de atividade econômica

Não obstante tenha instituído a norma que veda às empresas estatais de atividade econômica a fruição de privilégios, a Constituição simultaneamente excepcionou-a ao conceder, às instituições financeiras oficiais, o monopólio do depósito das disponibilidades de caixa dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, dos órgãos

¹³² O acórdão da medida cautelar desta ação direta de inconstitucionalidade, ao citar trecho da petição inicial, mostra que a autora CNTI representava interesses de sindicato de trabalhadores da Companhia de Água e Esgotos de Brasília – CAESB, empresa pública distrital que desempenha serviços públicos de saneamento básico (ADI-MC 1.515/DF, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 03/02/1997).

ou entidades do poder público e das empresas estatais (art. 164, § 3º).¹³³ Por vontade do constituinte originário, as empresas estatais financeiras, mesmo atuando em concorrência com as instituições financeiras do setor privado, têm direito a receber tais depósitos das entidades estatais, num campo de atuação econômica que lhes é reservado. Pode-se afirmar, então, que a Constituição de 1988 monopolizou essa parcela da atividade econômica em favor dos bancos estatais.

Esta norma está contida na ressalva inicial do *caput* do artigo 173, como um caso, previsto pela própria Constituição, de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, em que é concedido um privilégio para determinadas empresas estatais, as que sejam consideradas instituições financeiras oficiais. Portanto, quando se estiver diante de privilégio desta espécie, não é possível a aplicação do artigo 173 e nem a utilização de distinções que o tomam por base, que ficam sem sentido.

Mas a norma constitucional que garante o privilégio de monopólio dos depósitos de disponibilidade de caixa do poder público não é absoluta, na medida em que ela própria admite, ao ressaltar “os casos previstos em lei” (art. 164, § 3º, *in fine*), que o legislador crie hipóteses de sua exceção. Há, então, um espaço de atuação reservado ao legislador, previsto pela própria Constituição, que aceita a fixação de casos em que esse monopólio pode ser quebrado.

Diante de tal previsão constitucional de privilégio para determinadas empresas estatais, é interessante analisar como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem lidando esta hipótese, inversa à norma constitucional de proibição de privilégios das estatais de atividade econômica. Ao ser defrontado com normas legais que estabeleçam ressalvas ao privilégio do monopólio dos depósitos das disponibilidades de caixa de entidades estatais, o STF foi restritivo na aplicação do § 3º do artigo 164? Ou, ao contrário, o tribunal reforçou a regra constitucional, refutando as ressalvas que o legislador pretendeu conceber? Uma postura restritiva na interpretação do § 3º do artigo 164 levaria o tribunal a aceitar as ressalvas legais, ao passo que uma postura não restritiva tenderia a afastá-las.

Em 2002, o Plenário do STF apreciou, em sede cautelar, norma constitucional do Estado do Espírito Santo que ordenava o depósito das disponibilidades de caixa do Estado, dos órgãos ou entidades do poder público estadual e das empresas por ele

¹³³ Assim redigida: “Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central. (...) § 3º - As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.”

controladas na instituição financeira que viesse a possuir a maioria do capital social do BANESTES – Banco do Estado do Espírito Santo, em virtude de sua privatização.¹³⁴ Assim, o STF foi colocado diante do problema da constitucionalidade de norma constitucional estadual que criava um caso de ressalva ao monopólio das empresas estatais financeiras. Cabia-lhe decidir se, por esse veículo normativo, o Estado membro poderia, quanto aos seus depósitos de disponibilidades de caixa, quebrar o monopólio dos bancos estatais. Trata-se da **ADI da privatização do BANESTES (2002)**.¹³⁵

O Plenário deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia da norma constitucional estadual, entendendo existir plausibilidade jurídica na alegação de ofensa ao § 3º do art. 164 da Constituição Federal. Considerou que a expressão “ressalvados os casos previstos em lei”, constante desse dispositivo constitucional, exige lei nacional, porque a ressalva também se aplicaria às disponibilidades financeiras dos órgãos e entidades do poder público e das empresas por ele controladas, o que alcançaria os órgãos e entidades da União e as empresas estatais federais. Constata, inclusive, a existência de norma da Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 43, *caput*) que mantém a regra constitucional. Assim, a exceção não poderia ser criada por lei estadual. Considera, também, que a norma constitucional que fixa o privilégio dos bancos estatais atende ao princípio da moralidade administrativa (CF/88, art. 37, *caput*), que considerou ameaçado pela norma local. Entendeu estar presente o perigo na demora, em face do andamento do processo de privatização que, se concretizado de tal modo, impossibilitaria que futuros governantes capixabas depositassem os recursos estatais em instituições financeiras oficiais e, assim, cumprissem o § 3º do art. 164 da Constituição.

Posteriormente, ainda no mesmo ano, o STF suspendeu norma legal do Estado do Maranhão que autorizava o poder executivo estadual a incluir, no edital de venda do Banco do Estado do Maranhão S.A. – BEM, a oferta do depósito das disponibilidades de caixa do Tesouro Estadual, incluídas as entidades da administração indireta,

¹³⁴ Trata-se do artigo 3º da Emenda Constitucional 37, de 2002, que modificou o artigo 148 da Constituição do Estado do Espírito Santo, dando-lhe a seguinte redação: “Art. 148. As disponibilidades de caixa do Estado, bem como dos órgãos ou entidades do Poder Público Estadual e das empresas por ele controladas serão depositadas na instituição financeira que vier a possuir a maioria do capital social do BANESTES, decorrente de sua privatização, na forma definida em Lei.”

¹³⁵ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.600/ES, Requerente – Partido Popular Social – PPS, Requerida – Assembleia Legislativa do Espírito Santo (Plenário, Relª. Minª. Ellen Gracie, j. 24/04/2002). Em 17/02/2010, a ação permanecia pendente de julgamento final, tendo sido substituída a relatora, que passou a ser a Minª. Cármen Lúcia.

fundações e empresas públicas, bem como as disponibilidades dos fundos estaduais.¹³⁶ Trata-se da **ADI da privatização do BEM (2002)**.¹³⁷

Adotando os mesmos fundamentos da decisão da **ADI da privatização do BANESTES (2002)**, o STF suspendeu, com eficácia *ex tunc*, a norma questionada, não tendo ouvido os órgãos e autoridades que emanaram a lei estadual, dada a excepcional urgência diante da iminência do leilão de venda do BEM. Bastou à corte a constatação de que se tratava de norma estadual que estabelecia uma exceção à norma constitucional do § 3º do art. 164. Considerando que a decisão anterior havia fixado a interpretação de que tal lei só pode ser a nacional, o Tribunal aplicou de imediato o precedente. Portanto, a corte decidiu que a origem estadual da norma viciou-a de inconstitucionalidade, também quando emanada pela lei. Ressalvou, contudo, que não estava apreciando a constitucionalidade da Medida Provisória 2.192-70/2001, que dispõe sobre privatização de instituições financeiras, dada a circunstância de ser emanada pelo Presidente da República.

Em julgamento de 2003, voltou ao Plenário o tema dos depósitos das disponibilidades de caixa dos Estados membros em instituições financeiras oficiais, na **ADI das movimentações financeiras do Estado do Paraná (2003)**.¹³⁸ Na ocasião foi analisada, em sede cautelar, a constitucionalidade de normas legais do Estado do Paraná que: proibiam o poder executivo estadual de iniciar, renovar e manter, em regime de exclusividade a qualquer instituição bancária privada, sem a realização de licitação, certas movimentações financeiras do Estado, inclusive de entidades da administração indireta, de fundos estaduais e de pagamentos ao funcionalismo público; obrigavam-no a revogar todos os atos e contratos firmados com as instituições financeiras privadas que estivessem ligados a tais operações bancárias; e obrigavam-no a manter tais

¹³⁶ A Lei estadual 7.493/99 assim dispõe: “Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a incluir no Edital de Venda do Banco do Estado do Maranhão S.A. – BEM a oferta do depósito das Disponibilidades de Caixa do Tesouro Estadual, incluídas as Entidades da Administração Indireta, Fundações e Empresas Públicas, bem como as disponibilidades dos Fundos Estaduais. Art. 2º A manutenção dessas Disponibilidades Financeiras ficará condicionada à permanente avaliação do interesse público.”

¹³⁷ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.661/MA, Requerente – Partido Socialista Brasileiro – PSB, Requeridas – Governadora do Estado do Maranhão e Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão (Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, j. 05/06/2002). Em 17/02/2010, a ação permanecia pendente de julgamento, com autos conclusos ao relator.

¹³⁸ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.075/PR, Requerente – Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, Requeridos – Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa do Estado do Paraná (Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/12/2003). Em 17/02/2010, a ação permanecia pendente de julgamento, incluída na pauta do Plenário.

movimentações financeiras do Estado em instituição financeira oficial.¹³⁹ Assim, a norma legal estadual obrigava o poder executivo a contratar instituições financeiras oficiais em qualquer hipótese envolvendo tais movimentações financeiras do Estado, tendo impedido que ressalvas à norma constitucional do § 3º do art. 164, estabelecidas pela legislação nacional, tivessem vigência no Estado do Paraná. Além disso, enquanto que algumas das movimentações financeiras elencadas pelas normas locais dizem respeito a depósitos de disponibilidades de caixa do poder público, outras parecem envolver outras atividades financeiras, como a realização de pagamentos e arrecadações, que não se compreendem no monopólio criado pela Constituição Federal. Há, assim, na norma paranaense, a ampliação do leque de atividades monopolizadas aos bancos estatais.

O STF concedeu a medida cautelar para suspender os efeitos da norma legal paranaense, considerando que houve invasão ao espaço reservado à lei nacional pela Constituição, na linha das decisões da **ADI da privatização do BANESTES (2002)** e da **ADI da privatização do BEM (2002)**, aplicando-os como precedentes. Bastou ao Plenário a constatação do vício formal para que suspendesse o ato impugnado, não tendo entrado na sua análise de mérito. Além disso, considerou tais normas como potenciais ofensas ao princípio da reserva de administração e ao princípio da segurança jurídica.

Em 2005, o STF analisou, em sede cautelar, a constitucionalidade das normas da Medida Provisória 2.192-70/2001 que permitiam a manutenção, na instituição financeira privatizada ou naquela adquirente de seu controle acionário: i) das disponibilidades de caixa do ente federativo que detinha seu controle acionário, até o final do exercício de 2010 (art. 4º, § 1º); ii) dos depósitos judiciais, até o seu regular

¹³⁹ Trata-se da Lei estadual 14.235/03, que assim dispõe: “Art. 1º Fica o Poder Executivo proibido de iniciar, renovar, manter, em regime de exclusividade a qualquer Instituição Bancária privada, as contas dos depósitos do sistema de arrecadação dos tributos estaduais, sistema de movimentação de valores e pagamentos SIAF – Sistema Integrado de Administração Financeira e Conta do Tesouro Geral do Estado/conta receita, conta única, conta dos fundos e programas, contas dos depósitos e movimentação das entidades da administração indireta e fundações públicas, bem como as disponibilidades dos fundos estaduais e pagamentos do funcionalismo público, sem a realização de respectivo processo licitatório. Art. 2º Fica o Poder Executivo obrigado a manter toda a movimentação financeira descrita no artigo antecedente em Instituição Financeira Oficial, conforme preceituam os artigos 164 e 240, das Constituições Federal e Estadual, respectivamente. Art. 3º Caberá ao Poder Executivo revogar, imediatamente, todos os atos e contratos firmados nas condições previstas no artigo 1º desta Lei. Art. 4º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, ficando revogada a Lei Estadual nº 12.909/2000, e demais disposições em contrário.”.

levantamento (art. 29).¹⁴⁰ É a **ADI da privatização do BEC (2005)**.¹⁴¹ Estava marcado para o dia seguinte o leilão de privatização do Banco do Estado do Ceará – BEC, promovido pela União, após ter adquirido o controle da instituição financeira com essa finalidade. Em virtude da iminência do certame, a decisão foi tomada sem que o STF ouvisse o Presidente da República e o Congresso Nacional.

Por unanimidade, o Plenário deferiu a medida cautelar para suspender, com efeitos *ex nunc*, a eficácia de tais dispositivos. Inicialmente, teve por aparente a ofensa ao princípio da moralidade, que havia sido fundamento das decisões da **ADI da privatização do BANESTES (2002)** e da **ADI da privatização do BEM (2002)**, as quais envolviam normas estaduais que excepcionavam o § 3º do artigo 164 da Constituição Federal. Em seguida, adotou os argumentos da requerente para considerar que a autorização genérica efetuada pela legislação federal abria exceção muito ampla à regra geral de depósitos de disponibilidades de caixa dos entes federativos em instituições financeiras oficiais, e por isso era aparente a violação da norma constitucional. Considerou, por fim, densa a plausibilidade de arguição de afronta à exigência de licitação (CF/88, art. 37, XXI). Diante do risco de que a ação viesse a ser julgada procedente depois de consumada a alienação, o STF deferiu a medida cautelar.

Em 2008, o STF encerrou o julgamento de norma da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que dava ao Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A. – BANERJ a exclusividade na realização das operações de arrecadação de impostos, taxas, contribuições e demais receitas do Estado e dos órgãos vinculados à administração direta e indireta, e de seus pagamentos a terceiros.¹⁴² A norma constitucional carioca

¹⁴⁰ A MP 2.192-70/2001 tem a seguinte redação: “Art. 3º Para os fins desta Medida Provisória, poderá a União, a seu exclusivo critério: I – adquirir o controle da instituição financeira, exclusivamente para privatizá-la ou extingui-la; (...) Art. 4º (...) § 1º As disponibilidades de caixa dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou das entidades do poder público e empresas por eles controladas poderão ser depositadas em instituição financeira submetida a processo de privatização ou na instituição financeira adquirente do seu controle acionário, até o final do exercício de 2010. (...) Art. 29. Os depósitos judiciais efetuados em instituição financeira oficial submetida a processo de privatização poderão ser mantidos, até o regular levantamento, na própria instituição financeira privatizada ou na instituição financeira adquirente do seu controle acionário. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se às instituições financeiras oficiais cujo processo de privatização tenha sido concluído, bem assim às instituições financeiras oficiais em processo de privatização.”

¹⁴¹ Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.578/DF, Requerente – Partido Comunista do Brasil – PC do B, Requeridos – Presidente da República e Congresso Nacional (Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14/09/2005). Em 17/02/2010, a ação permanecia pendente de julgamento final, tendo sido substituído o relator, que passou a ser Min. Menezes Direito e, posteriormente, o Min. Dias Toffoli.

¹⁴² O dispositivo questionado foi o artigo 364 da Constituição Estadual, interessando para a pesquisa a norma do seu parágrafo único: “Art. 364. O Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A. é considerado patrimônio do povo do Estado do Rio de Janeiro não podendo suas ações ordinárias nominativas, representativas do controle acionário, ser alienadas, a qualquer título, a pessoas físicas ou jurídicas, de

ampliava o campo das atividades bancárias que a Constituição Federal monopolizou para os bancos estatais, dando ao BANERJ a exclusividade sobre outras operações financeiras que não estavam incluídas entre os depósitos de disponibilidades de caixa do poder público. É a **ADI do BANERJ (2008)**.¹⁴³

No julgamento da medida cautelar, em 1995, o STF já havia suspenso a eficácia do dispositivo até o julgamento final da ação. Na ocasião, o Plenário acolheu o pedido do autor, que argumentou que a Constituição de 1988, ao proteger a livre iniciativa e livre concorrência, instituiu a igualdade entre o Estado e o particular na exploração das atividades econômicas, proibindo assim que as empresas estatais de atividade econômica desfrutassem de privilégios diante das empresas do setor privado com que concorrem (art. 170, IV e art. 173). Considerou, ainda, plausível a alegação de afronta à reserva de iniciativa do poder executivo para editar norma sobre organização e funcionamento da administração pública. Ficou então vencido o Min. Sepúlveda Pertence, que teve por legítimo o monopólio sobre a arrecadação tributária, por envolver dinheiro público e, no seu entendimento, não se tratar negócio privado sujeito à livre concorrência entre os bancos. No julgamento definitivo da ação, manteve-se o resultado e foi fulminada a norma constitucional carioca, com referência aos fundamentos da medida cautelar. A decisão observou que, com a desestatização do BANERJ, ainda houve a perda do objeto da ação.

A partir do conjunto de julgados, nota-se uma tendência do Supremo Tribunal Federal de dificultar a criação de exceções ao monopólio das instituições financeiras oficiais sobre os depósitos de disponibilidades de caixa do poder público. Ao afastar cautelarmente a eficácia de normas legais que previam ressalvas à regra, a corte vem impondo ônus crescentes ao legislador que busque realizar as ressalvas previstas na norma constitucional (art. 164, § 3º, *in fine*).

A **ADI da privatização do BANESTES (2002)** e a **ADI da privatização do BEM (2002)** mostram que, quando o constituinte e o legislador estaduais, respectivamente, instituíram ressalvas no plano local à regra do monopólio, o STF

direito público ou privado, nem negociadas, expropriadas ou penhoradas. Parágrafo único. A arrecadação de impostos, taxas, contribuições e demais receitas do Estado e dos órgãos vinculados à administração direta e indireta, bem como os respectivos pagamentos a terceiros, serão processados, com exclusividade, pelo Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A., salvo nas localidades onde este não possuir agência ou posto e nas quais poderão ser efetuados por outros estabelecimentos”.

¹⁴³ Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.348/RJ, Requerente – Governador do Estado do Rio de Janeiro, Requerida – Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Plenário, Relª. Minª. Cármen Lúcia, j. 21/02/2008). A medida cautelar da ADI, então relatada pelo Min. Octavio Gallotti, foi julgada pelo Plenário em 04/10/1995.

concebeu a interpretação de que a Constituição exige, para tanto, lei nacional. Assim, os entes federativos, com a exceção da União, ficaram absolutamente impedidos de excepcionar o privilégio dos bancos estatais. Além do fundamento formal, o STF também entendeu que o monopólio constitucional sobre os depósitos das disponibilidades de caixa está ligado ao princípio da moralidade a que deve obediência a administração pública, o que fez com que as exceções então criadas pelos Estados fossem consideradas ofensivas a esse valor constitucional. Ao julgar a **ADI da privatização do BEC (2005)**, o Plenário não estava mais diante de norma local, mas de medida provisória que previa hipóteses de ressalva à norma do § 3º do artigo 164 da Constituição. Mesmo sem o fundamento formal, o Plenário manteve a posição de suspender a eficácia das normas emanadas de medida provisória, motivando sua decisão com o princípio da moralidade, que retirou daqueles dois casos precedentes, e com os argumentos da requerente, de que as exceções ao monopólio eram muito amplas e infirmavam a regra constitucional e de que havia violação à exigência constitucional de licitação.

Deste modo, quando a União pretender fixar ressalvas ao monopólio dos bancos estatais sobre os depósitos de disponibilidade de caixa, deverá enfrentar tais obstáculos que foram impostos pelo STF. Caberá à União demonstrar que as normas legais nacionais instituem exceções que não são amplas o suficiente para contrariar a regra do monopólio, que respeitam o princípio da moralidade e que atendem à exigência de licitação. Portanto, atualmente o legislador nacional é o único que pode conceber exceções ao monopólio constitucional, mas ainda assim num âmbito mais estrito de atuação. Essa jurisprudência produz, deste modo, o efeito de enrijecimento do monopólio dos bancos estatais sobre as contas públicas, o qual fica reforçado por uma interpretação que limita o legislador no estabelecimento de ressalvas.

Em tais julgados, parece implícita uma crença dos magistrados em torno das empresas financeiras estatais, que são percebidas mais como entidades de função pública, e não tanto como empresas, cujo objeto social implica a atuação econômica no mercado. Por essa visão, que parece subjacente à fundamentação usada para decidir os casos analisados, os bancos estatais cumprem o papel de gerenciar e garantir a boa administração financeira do dinheiro público, protegendo-o inclusive dos governantes que dele podem fazer mau uso. Essa função de guardião do dinheiro público parece se sobrepor à circunstância de que os bancos estatais competem no mercado financeiro

com instituições financeiras privadas, cujas atividades são objeto de intensa regulação, independentemente da natureza estatal da empresa (CF/88, art. 192).

Essa crença pode ser nitidamente percebida pela aplicação do princípio da moralidade administrativa para a suspensão das normas constitucionais e legais estaduais e também das normas legais nacionais que procuravam se valer da admissão constitucional expressa para a instituição de exceções ao monopólio dos bancos estatais. Inicialmente suscitado nos julgamentos da **ADI da privatização do BANESTES (2002)** e na **ADI da privatização do BEM (2002)**, o princípio da moralidade parecia se justificar, na fundamentação dos acórdãos, como pertinente à regra do monopólio, em função do receio, manifestado pelo STF em tais ocasiões, de que os depósitos de disponibilidades de caixa pudessem ser indevidamente utilizados pelos governantes na esfera local e, especialmente, no plano municipal.¹⁴⁴ Esta justificativa de utilização do princípio da moralidade parece ter sido alterada no julgamento da **ADI da privatização do BEC (2005)**, quando, apesar de a norma questionada ser decorrente de medida provisória, ainda assim o princípio da moralidade serviu como embasamento da decisão da corte. Isto sugere que o fundamento ligado ao princípio da moralidade administrativa, quando aplicado para suspender a validade de normas que excepcionam o monopólio dos bancos estatais sobre as contas públicas, ganhou autonomia neste último julgamento, descolando-se da justificativa originalmente dada pelo STF, de proteção a desvios no âmbito local, para se explicar em função de uma proteção “natural” que o depósito do dinheiro público teria nos bancos estatais.¹⁴⁵

¹⁴⁴ No julgamento da **ADI da privatização do BANESTES (2002)**, a Min^a Ellen Gracie afirma: “Vejo, também, que essa regra salutar de depósito em bancos oficiais, imposta pela Constituição, vai ao encontro do princípio da moralidade previsto no art. 37, *caput* do seu texto, ao qual deve obediência a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, comentando o dispositivo, não obstante exponham críticas ao modelo de monopólio estatal nele inserto, após considerarem que as exceções a essa regra são de alçada de lei ordinária federal, transcrevem comentário de Wolgran Junqueira Ferreira acerca das consequências desse dispositivo na esfera municipal, no sentido de que ‘o fato de obrigar o depósito em instituições financeiras oficiais é medida saneadora, pois evita que o Prefeito faça como seu o ‘saldo médio’ com o depósito da Prefeitura para obter empréstimos pessoais’” (sem grifos do original). Esse trecho é reproduzido no voto do Min. Celso de Mello, quando do julgamento da **ADI da privatização do BEM (2002)**.

¹⁴⁵ A motivação judicial quanto ao princípio da moralidade na **ADI da privatização do BEC (2005)** apenas repete trechos daqueles precedentes do tribunal e da petição inicial. Contudo, a significativa diferença de objeto nas decisões anteriores, que envolviam normas estaduais, faz supor que o princípio da moralidade tenha se descolado daqueles contextos fáticos anteriores e ganhado autonomia como fundamento da regra de monopólio dos bancos estatais. No próprio julgamento da **ADI da privatização do BEM (2002)**, o Min. Celso de Mello já havia aberto essa possibilidade ao explicar o princípio da moralidade como uma espécie de fundamento ontológico do monopólio dos bancos estatais sobre as disponibilidades de caixa do poder público, nos seguintes termos: “Tenho por inegável, desse modo, que a *ratio* subjacente à cláusula de depósito compulsório, em instituições financeiras oficiais, das

Haveria, nessa possível explicação para o fundamento ligado à moralidade administrativa aplicada a esta hipótese, uma ligação íntima entre segurança do dinheiro público e seu depósito em bancos estatais, o que não se verificaria na administração dos recursos pelos bancos privados. Essa preocupação com a segurança do dinheiro público estaria atendida, na visão do STF, pelo seu depósito em bancos estatais, presumivelmente pelo receio de que as instituições financeiras privadas não fossem sólidas o suficiente para dele cuidar. É possível falar, assim, em uma visão de confiança nos bancos estatais e no seu reverso, uma visão desconfiada, nas instituições financeiras privadas.

Contudo, a jurisprudência trabalhada também aponta limites ao monopólio constitucional, seja em relação à própria possibilidade de criação de ressalvas pela lei nacional, seja em relação ao campo de atividades monopolizadas. Nesse sentido, da **ADI das movimentações financeiras do Estado do Paraná (2003)** e da **ADI do BANERJ (2008)** podem ser extraídas balizas da reserva de mercado que a Constituição atribuiu às instituições financeiras estatais.

Quando foi defrontado com norma estadual que eliminava qualquer hipótese de contratação de instituições financeiras privadas para realizar um conjunto amplo de movimentações financeiras, que incluíam os depósitos de disponibilidades de caixa do poder público estadual, o STF suspendeu a norma local. Isto ocorreu na **ADI das movimentações financeiras do Estado do Paraná (2003)**. Sua motivação foi, principalmente, formal, tendo sido decisiva para tanto a construção jurisprudencial que impedia que normas estaduais instituíssem exceções ao monopólio criado pela Constituição Federal, assim como aquela que impede ao poder legislativo ordenar o poder executivo em matéria administrativa. Mas, como a norma local também obrigava o poder executivo a revogar os contratos, já existentes com bancos privados, que envolvessem aquelas movimentações financeiras, a fundamentação ainda apontou como possível a violação ao princípio da segurança jurídica. Deste modo, com argumentos formais, mas vislumbrando vícios materiais no impedimento absoluto a que o poder executivo contratasse bancos privados para tais movimentações financeiras, o STF acabou por proteger a possibilidade de que a lei nacional crie exceções ao monopólio dos bancos estatais sobre os depósitos de recursos públicos. Portanto, o STF não

disponibilidades de caixa do Poder Público em geral (CF, art. 164, § 3º) reflete, na concreção do seu alcance, uma exigência fundada no valor essencial da moralidade administrativa, que representa, como precedentemente enfatizado, verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado.” (sem grifos do original).

considerou que a existência do monopólio das instituições financeiras oficiais sobre os depósitos de disponibilidades de caixa do Estado do Paraná, de suas entidades da administração indireta e de seus fundos justificasse a eliminação de qualquer hipótese de contratação de instituições financeiras do setor privado, como havia prescrito a lei paranaense. Assim, preservou a possibilidade de a legislação nacional instituir ressalvas ao monopólio dos bancos estatais.

Nas duas ocasiões em que analisou normas que ampliavam o campo do monopólio constitucional sobre os depósitos das disponibilidades de caixa do poder público, o STF julgou-as inconstitucionais. Isto ocorreu na **ADI das movimentações financeiras do Estado do Paraná (2003)** e na **ADI do BANERJ (2008)**. Em ambas as ocasiões, as normas estaduais questionadas expandiam o monopólio dos bancos estatais, porque lhes davam exclusividade na realização de pagamentos do Estado e na arrecadação de tributos e outras receitas públicas, que são atividades que, conquanto bancárias, não se compreendem no conceito de depósito de disponibilidade de caixa, contido no § 3º do artigo 164 da Constituição Federal.

Em relação à lei paranaense, viu-se que o uso de argumentos formais foi combinado com o da segurança jurídica, o que denota a preocupação do STF, no julgamento da medida cautelar, com o conteúdo das normas questionadas. No julgamento definitivo da ação poderão surgir outros argumentos que analisem as atividades que a lei paranaense reservou às instituições financeiras oficiais diante do conceito constitucional de depósito de disponibilidade de caixa.

Na **ADI do BANERJ (2008)**, o STF invalidou norma constitucional estadual que ampliava o monopólio sobre depósitos de disponibilidades de caixa, ao dar ao BANERJ a exclusividade na arrecadação de receitas do Estado do Rio de Janeiro e na realização de seus pagamentos a terceiros. Além de um fundamento formal sobre reserva de iniciativa do poder executivo, por se tratar de norma sobre organização e funcionamento da administração pública, a corte considerou que a norma estadual invadia o campo da atividade econômica para conceder um privilégio para uma empresa estatal, considerado incompatível com a livre iniciativa e a livre concorrência, o que a levou a aplicar o artigo 173 da Constituição Federal para invalidar a norma estadual. Na posição que foi vencida no Plenário, considerou-se legítimo o monopólio sobre a arrecadação tributária por estar envolvido dinheiro público, o que faria com que as atividades financeiras respectivas não estivessem sujeitas à livre concorrência e nem pudessem ser consideradas como próprias da iniciativa privada. Desse modo, venceu a

posição de que tais operações bancárias não estavam compreendidas no âmbito do monopólio constitucional do § 3º do artigo 164, mas, sim, na área de atividade econômica aberta à iniciativa privada.

Uma ponderação a ser feita quanto à jurisprudência do STF que dificulta ao legislador o estabelecimento de exceções ao monopólio dos bancos estatais é a de que ela é formada por decisões que dizem respeito a uma situação específica de uso das disponibilidades de caixa do poder público, qual seja, a manutenção dos seus depósitos no banco estatal, quando ele estava sendo privatizado. Logo, será preciso prudência na utilização de tais julgados como precedentes para futuras disputas que, lidando com o monopólio sobre os depósitos de disponibilidades de caixa do poder público, não digam respeito a processos de privatização de bancos estatais. Há uma série de outras possibilidades de se excepcionar o monopólio do § 3º do artigo 164 sem que esteja envolvida privatização de banco estatal, sendo necessário distinguir tais situações.

Além disso, o contexto decisório do STF, no julgamento de tais casos, parece ter sido diferente do habitual, porque condicionado pela circunstância da realização, quase sempre polêmica, de uma privatização de empresa estatal. São decisões ainda cautelares, tomadas com base em fundamentos que remetem somente à plausibilidade do direito, e não a sua certeza, e em razão do perigo na demora do provimento jurisdicional. Em função da premência própria de tais ocasiões, não há o desenvolvimento dos argumentos que se pode esperar das decisões definitivas. Na **ADI da privatização do BEM (2002)** e na **ADI da privatização do BEC (2005)**, os julgamentos ocorreram sem que fossem ouvidos os órgãos e autoridades que emanaram a lei estadual e a medida provisória questionadas, dada a excepcional urgência presente em tais ocasiões, o que reduziu o conjunto de informações disponíveis para a tomada das decisões.¹⁴⁶

Outro ponto a ser observado em relação a essa jurisprudência diz respeito às diferenças relevantes entre as normas questionadas na **ADI da privatização do BANESTES (2002)**, na **ADI da privatização do BEM (2002)** e na **ADI da privatização do BEC (2005)**. Entre os dois primeiros casos, havia uma diferença da

¹⁴⁶ Em tais casos, o STF considerou estar diante de situações de excepcional urgência, tendo se valido da permissão expressa do § 3º do artigo 10 da Lei 9.868/99, que assim dispõe: “Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias. (...) § 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.”

norma maranhense para a norma capixaba: aquela condicionava a manutenção das disponibilidades de caixa no BEM, privatizado, à permanente avaliação do interesse público, ao passo que esta silenciava a respeito. E, no terceiro caso, as normas nacionais fixavam que os depósitos das disponibilidades de caixa só seriam mantidos na instituição privatizada ou na adquirente de seu controle até 2010, e os depósitos judiciais seriam mantidos apenas até o seu respectivo levantamento.

Deste modo, um problema grave existente na norma capixaba, o da alienação definitiva de um ativo econômico do Estado, parece ter sido remediado na norma maranhense e resolvido na norma nacional. Trata-se de um problema porque a manutenção perene do direito de gerenciar as contas públicas suscita sérios questionamentos a respeito de sua constitucionalidade, assim como traz consequências negativas para a gestão pública, uma vez que, como apontado naquela primeira decisão, futuros governantes ficariam vinculados a uma opção administrativa pretérita, faltando-lhes o espaço de ação administrativa, que passaria a depender de mudanças constitucionais e legais. Na alienação do BEM, tal problema começou a ser enfrentado pela lei maranhense, ao se referir à necessidade de avaliações permanentes para a manutenção das disponibilidades de caixa no BEM, e pela realização de um contrato de prestação de serviços entre o BEM e o Estado do Maranhão, com prazo de vigência determinado, até 31/12/2010. E, na alienação do BEC, as próprias normas legais nacionais incorporaram esse prazo.

Contudo, o STF não considerou as diferenças entre as normas questionadas em cada ocasião, tendo julgado como se semelhantes fossem nesse aspecto. Apesar de ter sido discutido na primeira decisão, o problema não foi abordado nos dois julgamentos seguintes, não obstante tenham as diferentes normas legais procurado resolver o problema de constitucionalidade inicialmente detectado pelo STF. No **Caso da privatização do BEC (2005)**, as normas legais nacionais criaram hipóteses de exceção ao monopólio que possuíam limites expressos, mas esses importantes aspectos da norma não foram considerados para a afirmação de que se tratava de exceção muito ampla à regra constitucional. Parece, assim, ter havido um problema, nas decisões mais recentes do STF, de equiparação de normas com conteúdo distinto.

Para responder à indagação lançada acima, podemos afirmar que a jurisprudência do STF vem reforçando a regra constante do § 3º do artigo 164 da Constituição ao refutar as ressalvas que o constituinte estadual e o legislador, estadual e nacional, pretenderam conceber. O tribunal vem adotando, desta maneira, uma postura

não restritiva diante do monopólio dos bancos estatais sobre os depósitos de disponibilidades de caixa do poder público, que o leva a afastar as ressalvas instituídas pela lei. Diante desse dispositivo constitucional, a corte busca reforçar a regra que ali está contida, sendo excessivamente rigoroso com as normas que procuram ressalvá-la. Trata-se de postura contrária à adotada na interpretação da norma que impede às empresas estatais a fruição de privilégios, em que o STF é restritivo em seu alcance.

Ao longo deste capítulo, cujo escopo é limitado à abordagem dos privilégios das empresas estatais de atividade econômica, já se deixou escapar que a situação delas é contraposta à das empresas estatais de serviço público. É sobre os privilégios delas que a pesquisa tratará no capítulo seguinte.

IV – O regime constitucional e necessário de privilégios das empresas estatais de serviços públicos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Este capítulo tem a finalidade de analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os privilégios das empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Inicialmente, informa como a doutrina responde à questão da incidência, a esta categoria de empresas estatais, da norma constitucional proibitiva de privilégios. Em seguida narra a jurisprudência do STF sobre os privilégios da impenhorabilidade de bens e de imunidade tributária em relação às estatais de serviço público. Depois de analisá-la, constata concepções que o STF usa para julgar, subjacentes à jurisprudência: as estatais de serviços públicos têm direito às prerrogativas do Estado, o que faz com que não sejam genuínas empresas. Por fim, lança três críticas à jurisprudência analisada: a pretexto de proteger o serviço público, o STF acaba por resguardar a empresa estatal que o presta; não há base constitucional para a afirmação destes privilégios; há prejuízo ao uso, pelo Estado, da forma empresarial para a prestação de serviços públicos.

IV.1) A inaplicabilidade da norma proibitiva de privilégios para as empresas estatais de serviços públicos, segundo a doutrina

Como foi visto no capítulo precedente, a Constituição veicula a norma de proibição de privilégios para as empresas estatais, e a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aplicam-na às estatais de atividade econômica. Interessa, agora, ver como a doutrina trata a questão da sua incidência sobre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

A tendência prevalente na doutrina é a de considerar que a norma proibitiva de privilégios das empresas estatais não se aplica às prestadoras de serviços públicos. Trata-se de consequência direta do raciocínio que classifica as empresas estatais conforme a sua atuação, e assim diferencia os regimes jurídicos das espécies formadas. Adotando a dicotomia *prestação de serviços públicos / exercício de atividade econômica*, a doutrina propõe as distinções entre tipos ideais de empresas estatais, dentre as quais estão as prestadoras de serviços públicos.¹⁴⁷ Ao considerar que a norma

¹⁴⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello assim postula: “Com efeito, é preciso distinguir as sociedades de economia mista e empresas públicas em duas distintas espécies – a saber: *prestadoras de serviços públicos* e *exploradoras de atividade econômica* –, pois o regime de umas e outras não é idêntico. Ambas, pelas razões já expostas, inobstante sejam constituídas sob forma de direito privado, sofrem o impacto de regras de direito público. As primeiras, entretanto, são alcançadas por estes preceitos com uma carga mais

proibitiva de privilégios incide sobre as empresas estatais de atividade econômica, a doutrina nega a sua aplicação às prestadoras de serviços públicos. Deste modo, afasta, do regime jurídico das estatais de serviço público, a norma proibitiva de privilégios, cujo alcance tem por restrito às estatais de atividade econômica.¹⁴⁸

Esse resultado é obtido a partir da interpretação do artigo 173 da Constituição, que é tido por aplicável somente às empresas estatais que desempenham atividades no domínio econômico, ou seja, em campo de atuação externo àquele que o Estado toma

intensa do que a que ocorre com as segundas, o que é perfeitamente compreensível. 5. Deveras, as prestadoras de serviço público desenvolvem atividade em tudo e por tudo equivalente aos misteres típicos do Estado e dos quais este é o senhor exclusivo. Operam, portanto, numa seara estatal por excelência, afeiçoada aos seus cometimentos tradicionais e que demandará, bastas vezes, o recurso a meios publicísticos de atuação (como sucede, aliás, inevitavelmente, com particulares concessionários de serviço público), de par com o rigor dos controles a que se têm de submeter, seja por se alimentarem de recursos captados da coletividade através de instrumentos de direito público (tarifas), seja pela supina relevância do bem jurídico de que se ocupam: o serviço público, isto é, ‘serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado (...)’ – no dizer de Cirne Lima. Como de outra feita averbamos, justamente em relação a esta espécie de sociedades, ‘o grau de funcionalidade da distinção entre pessoa de direito público e pessoa de direito privado – questão que se resume a uma discriminação de regimes – cai para o seu nível mínimo. Embora sem apagar a distinção existente, reduz-se a teores modestos, dada a vigorosa concorrência de princípios e normas publicísticos inevitavelmente afluentes para a proteção da atividade desempenhada, controle da ação de seus agentes e defesa dos administrados. Assim, a personalidade de direito privado que lhes seja infundida é matizada por vivos tons de direito público, a fim de ajustar-lhes a suas funções.’” (“Sociedades de economia mista, empresas públicas e o regime de direito público” in *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2009; pg. 341).

¹⁴⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello assim defende: “9. Poder-se-ia supor que as averbações feitas até aqui são surpreendentes e até mesmo rebarbativas, pois estariam em flagrante e literal contradição com dispositivo claro e expresso da CF – o § 1º, II, do art. 173 – no qual estaria proclamada tese exatamente antinômica. Nele se dispõe sobre a sujeição 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 ao ‘regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários’. Acresce que o § 2º do mesmo preceptivo reforçaria ainda mais a nitidez do intento de parificá-las com a generalidade das pessoas de direito privado, porquanto nele se estabelece que: ‘as empresas públicas e sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado’. Os preceptivos em tela consistiriam, pois, em cabal fulminação de todas as anteriores considerações – feitas com tanto ênfase – sobre o impacto de normas de direito público e da conseqüente necessária diversidade e singularidade de regime das entidades em questão no confronto com as demais pessoas de direito privado. 10. A suposta contradição, todavia, é apenas aparente. (...) Com efeito, de fora parte o fato de que os referidos dispositivos concernem, como ali se diz, *única e exclusivamente* às empresas públicas e sociedades de economia mista *exploradoras de atividade econômica*, e não às *prestadoras de serviço público*, o certo é que o próprio texto constitucional brasileiro, inúmeras e reiteradas vezes, desmente a literalidade da dicção do § 1º, II, do art. 173, com o quê, inequivocamente, limita e restringe de modo acentuado seu âmbito significativo. Dessarte, giza sua esfera de aplicação, propiciando entender que o propósito vazado na imperfeita dicção do parágrafo em causa foi, sobretudo, o de impedir que as empresas estatais pudessem dispor de situação privilegiada quando concebidas para operar no setor econômico, que é esfera reservada aos particulares e na qual a intervenção estatal personalizada é excepcional e só possível em hipóteses muito estritas. Então, o que os versículos em causa pretenderam foi prevenir uma ‘concorrência desleal’ entre suas empresas e as empresas privadas. Isto ocorreria se as primeiras pudessem dispor de um regime instrumentado com prerrogativas de autoridade ou se fossem beneficiadas por favores e vantagens próprios de um regime distinto do que se atribui à generalidade das pessoas privadas que atuam no setor. De resto, o precitado § 2º do art. 173 confirma, às expressas, a interpretação que se vem de fazer.” (“Sociedades de economia mista, empresas públicas e o regime de direito público” in *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2009; págs. 344 e 345).

para si. Se o objeto social da empresa estatal a destina a realizar atividades que são de titularidade estatal, na prestação de serviços que o Estado toma para si, diz-se que ela é uma *empresa estatal prestadora de serviço público* ou, simplesmente, *estatal de serviço público*. A doutrina considera que, para esta espécie de estatal, não incidem as normas decorrentes do artigo 173 da Constituição, entre as quais está a que proíbe às estatais a fruição de privilégios (art. 173, § 1º, II e § 2º).

Portanto, se a empresa estatal desempenhar um serviço público, seu regime jurídico não fica condicionado pelo artigo 173 da Constituição. Partindo-se da concepção pela qual este dispositivo cuida da atuação do Estado no domínio econômico, ou seja, em atividades econômicas que não toma para si, obtém-se que, na hipótese inversa, quando o Estado realizar cometimento seu, ele não será aplicável. A prestação de serviços públicos é um encargo típico do Estado, tendo a Constituição concebido um conjunto de normas para dispor sobre a sua titularidade, a distribuição de competências a eles relacionadas entre os entes federativos, as diversas formas de organização administrativa para a sua realização e os mecanismos de transferência do seu desempenho para terceiros. Assim, o artigo 175 confere ao poder público a responsabilidade pela prestação de serviços públicos, admitindo que ele próprio os desempenhe, como também que transfira o seu exercício para terceiros, por meio de concessão ou permissão.¹⁴⁹ Os artigos 21, 25, 32, 30 e 241 dispõem sobre a distribuição, entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de competências executivas para o oferecimento de serviços públicos. E, ao prever, em diversos dispositivos, a possibilidade de instituição de empresas estatais, a Constituição admite que a forma empresarial seja usada pelo Estado para a prestação de serviços públicos. Trata-se de um meio de organização da administração pública para o cumprimento das tarefas relacionadas aos serviços públicos, dentre outros formatos e arranjos institucionais e contratuais possíveis.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Nos seguintes termos: “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 serviço adequado.”

¹⁵⁰ Celso Ribeiro Bastos, em comentário ao artigo 175, *caput* da Constituição, afirma: “Vê-se, assim, que, se o serviço público é algo muito próprio do Estado, as modalidades de sua prestação têm variado muito no tempo. Originariamente só se conhecia a prestação direta pela própria Administração pública, valendo-se dos órgãos que compõem o seu próprio aparato administrativo. Num segundo momento teve grande voga a concessão a favor de pessoas privadas. Modernamente, no nosso país, com muita ênfase, surgiu

A prestação de serviços públicos através de empresas estatais é, então, uma técnica usada pelo poder público, por meio do qual a realização do serviço é acometida a uma pessoa jurídica distinta, integrante do corpo orgânico da administração pública. Como o desempenho do serviço é transferido pelo ente federativo a uma outra pessoa jurídica estatal, componente da sua administração pública, há um deslocamento da prestação do serviço, que passa da entidade central para a entidade estatal periférica. Daí a se falar em *prestação descentralizada do serviço público*.¹⁵¹ É importante perceber que a descentralização de um serviço público importa em uma escolha, própria de organização administrativa, pelo ente federativo que detém a competência para sua prestação.¹⁵²

Visto que há uma tendência de não aplicação da norma constitucional que proíbe privilégios às empresas estatais de serviços públicos, é o momento de analisar como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decide os conflitos que envolvem esse problema. O STF admite que ocorra a extensão de prerrogativas do Estado para as estatais que considera prestadoras de serviços públicos? O tribunal vem aceitando ou recusando que as estatais de serviços públicos usufruam privilégios?

IV.2) A afirmação de privilégios para as empresas estatais de serviço público a partir da extensão de prerrogativas do Estado, promovida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

uma terceira modalidade, consistente na criação de pessoas jurídicas em regra regidas pelo direito privado, mas que não têm outro objeto social senão a prestação do serviço público.” (*Ob. Cit.*; pg. 116).

¹⁵¹ Celso Antônio Bandeira de Mello explica: "Descentralizar – a palavra já o indica – é retirar do ‘centro’; é desentranhar do núcleo. Considera-se como ‘centro’ a pessoa jurídica, uma vez que esta é precisamente um centro subjetivado de direitos e obrigações, de poderes e de deveres. Descentralização, pois, é a transferência de atribuições de uma pessoa jurídica para outra. É o transpasse dos direitos, poderes, obrigações e deveres relativos a uma dada atividade ou, apenas, do exercício deles para outra pessoa, alguém externo a ela. É elemento implícito no conceito de descentralização a circunstância de que seu objeto (isto é, aquilo que é descentralizado) seja pertinente ao ‘centro’, pertença à sua alçada, em suma, incumba-lhe, ou deva lhe incumbir. Com efeito, não teria sentido falar em ‘descentralização’ com respeito a algo que nunca deveu ser considerado como inerente ao centro. Só o que nele está ou estaria é que pode ser dele desentranhado.” (*Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979; pg. 7, sem o grifo do original).

¹⁵² Nesse sentido, José Afonso da Silva sustenta: “O modo de gestão desses serviços públicos, entre outros, não só de competência da União, mas também dos Estados, Distrito Federal e Municípios, entra no regime da discricionariedade organizativa, ou seja, cabe à Administração escolher se o faz diretamente, ou por delegação a uma empresa estatal (pública ou de economia mista), ou por concessão (autorização ou permissão) a uma empresa privada.” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo, Malheiros, 2007; pg. 802).

A análise jurisprudencial dos privilégios das empresas estatais de serviços públicos será realizada a partir de dois deles: o da impenhorabilidade de bens e o da imunidade tributária recíproca.

O Supremo Tribunal Federal vem aceitando e, mais do que isso, impondo como constitucionalmente necessário um regime privilegiado de execução e de tributação para as empresas estatais prestadoras de serviços públicos. A corte vem estendendo a esta espécie de estatal as prerrogativas de Estado que dizem com a proteção das pessoas de direito público e dos bens e serviços públicos, usando para tanto o critério subjetivo, ou seja, o da própria empresa prestadora, e não o critério objetivo. Deste modo, o tribunal extravasa a defesa dos bens públicos detidos pelas estatais, e dos serviços públicos por elas desempenhados, para resguardar todo o patrimônio de tais empresas contra qualquer ato judicial de constrição com a finalidade de execução. Da mesma forma, protege a totalidade da receita empresarial das estatais contra qualquer ato de tributação por outros entes federativos, que não o controlador da estatal.

a) Impenhorabilidade de bens

a.1) A impenhorabilidade de bens como privilégio

A resistência do devedor em adimplir suas obrigações tem seu limite na competência da jurisdição para promover a execução forçada e, assim, garantir o cumprimento do direito. Na disciplina da execução civil, os bens (em sentido amplo) do patrimônio do devedor devem ser expropriados para a satisfação do direito do credor. Para tanto, a regra é a da constrição judicial dos bens e o seu aproveitamento econômico para a obtenção de meios aptos ao cumprimento forçado da obrigação, com a utilização de mecanismos processuais de execução. A constrição judicial de determinado bem importa na sua penhora.

Há, contudo, bens que a lei considera impenhoráveis, por motivos diversos, e por isso os defende da execução. São exceções à regra geral da penhorabilidade de bens, que possuem disciplina normativa própria. De um lado, há proteção especial *em função de características do próprio bem*, por diversos motivos em que a lei reconhece relevância. O caráter alimentício dos salários (Código de Processo Civil, art. 649, IV), a função social dos instrumentos profissionais (CPC, art. 649, V), a necessidade para uma vida digna dos vestuários e dos móveis residenciais (CPC, art. 649, III e II), a especial relevância para a coletividade dos bens públicos, que não podem ser alienados (Código Civil, art. 100; CPC, art. 648 e art. 649, I), entre outras hipóteses, que levam a lei a

tornar tais bens absolutamente impenhoráveis. De outro lado, o ordenamento jurídico também preserva bens da penhora *em razão da pessoa devedora*, quando se trata de pessoa jurídica de direito público. O patrimônio das pessoas jurídicas de direito público é protegido com a instituição de um procedimento diferenciado de execução contra a Fazenda Pública, que respeita a impenhorabilidade dos seus bens (CF/88, art. 100, *caput* e §§ 1º a 16, CPC, arts. 730, 731, 741 a 743).

Por isso, o reconhecimento da impenhorabilidade de bens (em sentido amplo) das empresas estatais de serviços públicos significa a instituição de um privilégio para essas entidades estatais. A fuga da disciplina comum de penhorabilidade do seu patrimônio, à qual estão sujeitas as empresas do setor privado, com vantagens decorrentes da impossibilidade de constrição judicial de seus bens, constitui um privilégio para as empresas estatais de serviços públicos. A declaração de impenhorabilidade do patrimônio das empresas estatais de serviços públicos feita a partir de um critério subjetivo denota a extensão de uma prerrogativa do Estado, própria das pessoas de direito público.

Se o fundamento para a declaração da impenhorabilidade de bens usar um critério objetivo, com a análise da qualidade de certo bem como público, ou da afetação do bem à prestação de um serviço público, não se tratará de um privilégio, uma vez que a proteção será extensível a uma empresa privada prestadora de serviço público. Portanto, a impenhorabilidade de bens de uma empresa estatal de serviço público significará um privilégio quando for inacessível às empresas do setor privado prestadoras de serviço público.

O reconhecimento da impenhorabilidade de bens traz consequências diretas para as execuções efetuadas contra a estatal para quem se reconhece o privilégio. Do universo de bens, a legislação considera a enorme maioria penhorável, ao passo que uma parcela restrita fica protegida da constrição judicial. As regras processuais de execução ainda dão conta de uma ordem preferencial para a penhora, a ser observada na busca de bens do devedor (CPC, art. 655). Mas para as empresas estatais que obtêm o privilégio da impenhorabilidade de bens, tais regras são inaplicáveis, já que as execuções dirigidas contra ela não podem efetuar a constrição judicial de seus bens. Ou seja, há uma exceção à regra geral da penhorabilidade feita não em razão do bem, mas da própria pessoa.

O privilégio da impenhorabilidade de bens, tomados em sentido amplo, foi inicialmente reconhecido pelo STF no julgamento do **Caso ECT (2000)**, quando se

iniciou uma tendência de afirmação de privilégios pelo critério subjetivo, que foi seguida nos julgamentos do **Caso ELETRONORTE (2008)**, do **Caso EMDUR-Porto Velho (2008)**, do **Caso CARHP-AL (2009)**, do **Caso CASAL-AL (2009)** e do **Caso EBDA-BA (2009)**. A tendência foi parcialmente seguida na decisão do **Caso Metrô-SP (2005)**, quando o STF suspendeu a penhora, afirmando o privilégio por se tratar de uma estatal de serviços públicos, mas não determinou que a execução ocorresse por meio de precatórios. A referida tendência não foi seguida nos julgamentos do **Caso SANED-Diadema (2006)** e do **Caso CEHOP-SE (2008)**, quando os privilégios deixaram de ser afirmados, e na decisão do **Caso CASAL-AL (2007)**, quando o privilégio foi negado.

a.2) O Caso ECT (2000)

No final de 2000, o STF fez o julgamento conjunto de cinco recursos extraordinários envolvendo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.¹⁵³ Neles, a empresa pública federal sustentava a contrariedade à Constituição de condenações judiciais trabalhistas que ordenavam, sob pena de penhora de bens, o pagamento de quantias devidas. Dois anos antes, a 1ª Turma da Corte havia decidido desfavoravelmente à empresa estatal¹⁵⁴, e agora a questão seria levada ao Plenário.

O julgamento envolvia o privilégio da impenhorabilidade dos bens, rendas e serviços da ECT, que havia sido instituído pelo Decreto-lei 509/1969 ao criar a empresa pública federal por meio da descentralização do antigo Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT). O seu art. 12 estendeu à ECT a proteção patrimonial própria da Fazenda Pública, à qual a ECT não pertence, nos seguintes termos:

“Art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.”

A decisão do STF repercutiria sobre um significativo contingente de litígios trabalhistas envolvendo a ECT, a empresa com maior número de empregados no país,

¹⁵³ São os seguintes: RE 220.906/DF (Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, julgado em 16/11/2000), RE 230.072/RS (Rel. Min. Ilmar Galvão, Redator para o Acórdão Min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 16/11/2000), RE 230.051/SP (Rel. Min. Ilmar Galvão, Redator para o Acórdão Min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 16/11/2000), RE 225.011/MG (Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 16/11/2000), RE 229.696/PE (Rel. Min. Ilmar Galvão, Red. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 16/11/2000).

¹⁵⁴ RE 222.041/RS (Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, j. 15/9/1998).

dentre as do setor privado e estatal.¹⁵⁵ A manutenção do privilégio conservaria a posição cômoda da estatal em relação à satisfação de seus débitos, em prejuízo de seus credores, que não poderiam se valer da constrição judicial de seus bens após o descumprimento, pela ECT, de suas obrigações.

A empresa pública federal demandava a observância, nas execuções que sofresse, do regime de precatórios (CF/88, art. 100), com as normas processuais referentes à execução contra a Fazenda Pública (CPC, arts. 730 e 731). O argumento central utilizado foi o de que o Decreto-lei 509/69, ao criar a empresa estatal, conferiu-lhe privilégios equivalentes aos da Fazenda Pública, entre os quais o da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços (art. 12). O relatório dos acórdãos, feito pelo Min. Maurício Corrêa, ainda menciona que a recorrente sustentou ofensa ao art. 165 da Constituição, “a teor do artigo 6º do Decreto-lei nº 509/69” (que trata da constituição do capital inicial da ECT com recursos integrais da União), mas o argumento não é explicitado.

O STF deu provimento aos recursos extraordinários, por maioria de votos. Os Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence não conheceram dos recursos, tendo, para tanto, usado fundamentos distintos entre si. A decisão pode ser compreendida a partir da divisão dos votos dos ministros em *três linhas*: a vencedora, a intermediária e a vencida. Vejamos a fundamentação de cada linha, com seus argumentos centrais mapeados em tópicos.

A *linha vencedora* foi integrada pelos Ministros Relator Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Celso de Mello, Sydney Sanches, Moreira Alves e Carlos Velloso. Estes seis ministros votaram pelo provimento dos recursos extraordinários, e pode-se dizer que seus argumentos se agregaram para formar a fundamentação usada pelo Tribunal para julgar o caso. Os ministros que votaram após o relator o acompanharam, com adesão às razões dele e o acréscimo de outras, harmônicas e complementares às do voto condutor. O Min. Celso de Mello não proferiu voto expresso, o que fez com que seguisse o voto do relator e aderisse aos seus argumentos.

O Min. Maurício Corrêa, que foi o protagonista destas decisões, sendo relator de um dos recursos extraordinários e redator para os acórdãos dos outros quatro,

¹⁵⁵ No site da estatal, as últimas informações disponíveis, referentes a 2008, informam que ela possuía 112.331 empregados (dado obtido em http://www.correios.com.br/institucional/conheca_correios/relatorios_publicacoes/relatorios_empresariais/2008/Relatorio_ECT_2008.pdf). Desde 1989 a ECT lidera a lista de empresas que mais empregam no país, publicada no anuário “Melhores e Maiores”, da Revista Exame (<http://mm.portalexame.abril.com.br/empresas/maiores/1/2008/no-de-empregados/-/-/-/?>).

argumentou que: (i) a ECT é pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, explorando serviço de competência da União; (ii) não se aplica às estatais prestadoras de serviço público o preceito constitucional de equiparação com as empresas privadas (art. 173, §§ 1º e 2º), não estando aquelas submetidas ao regime jurídico próprio destas; (iii) foi recepcionada a norma que prescreve a impenhorabilidade de bens, rendas e serviços da ECT, devendo a execução ocorrer mediante o sistema de precatórios (CF/88, art. 100).

Foi seguido pelo Min. Nelson Jobim, nos seguintes termos: (i) o princípio da livre concorrência (CF/88, art. 170) veda a atribuição de benefícios diferenciados às empresas estatais, evitando que o Estado, quando atue no mercado, tenha vantagens comparativas em relação ao setor privado; (ii) a ECT opera em área sonogada ao livre mercado, por uma opção histórico-política, positivada em norma constitucional, de qualificação das atividades postais como serviço público, o qual integra os fins do Estado; (iii) por força de tal opção constitucional que o qualifica como serviço público, o serviço postal não consiste em exploração de atividade econômica, pressuposto para a incidência do preceito de equiparação; (iv) os privilégios concedidos à ECT são constitucionais; (v) os bens da ECT participam da atividade administrativa da União, sendo, por isso, impenhoráveis, devendo os pagamentos da ECT se fazer pelo sistema de precatórios.

O Min. Moreira Alves fundamentou seu voto da seguinte maneira: (i) é “quase impossível” separar os bens afetados dos não-afetados ao serviço público, inclusive em relação às rendas das empresas públicas que exercem atividade monopolizada pelo Estado; (ii) apesar de o sistema de precatório ter sido adotado para a Fazenda Pública, deve-se dar interpretação conforme a Constituição para incluir no orçamento fiscal o orçamento destas estatais, o que não é vedado pela Constituição.

O Min. Carlos Velloso encerrou a sessão, defendendo que: (i) a empresa pública que presta serviço público tem natureza jurídica de autarquia, distinguindo-se da empresa pública que exerce atividade econômica; (ii) as empresas públicas prestadoras de serviço público integram o conceito de Fazenda Pública e seus bens são impenhoráveis, estando somente sujeitas à execução própria das pessoas públicas (CF/88, art. 100); (iii) às empresas públicas prestadoras de serviço público no regime de monopólio, como a ECT, não se aplica o preceito de equiparação às empresas privadas, uma vez que inexistente concorrência que justifique a aplicação do art. 173, § 1º.

A *linha intermediária* foi formada pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Seu voto foi pelo não conhecimento dos recursos extraordinários, tendo sido vencido pela

maioria. Sua fundamentação, contudo, é significativamente distinta da utilizada nos votos que formam a linha vencida. Por sustentar argumentos que não podem ser agregados aos dos votos com o mesmo resultado, seu voto forma uma linha própria, rejeitada pelo plenário.

O Min. Sepúlveda Pertence não conheceu os recursos extraordinários, sustentando que: (i) o preceito constitucional de equiparação das empresas estatais às privadas (art. 173, §§ 1º e 2º) aplica-se somente às estatais exploradoras de atividade econômica, que se distinguem das estatais prestadoras de serviços públicos; (ii) entretanto, da circunstância de prestar serviço público não decorre a impenhorabilidade de todos os bens e rendas da estatal, mas tão somente dos que estejam diretamente afetados ao serviço; (iii) apesar da atividade-fim influenciar no regime jurídico das estatais em determinados aspectos, elas são constituídas, por opção do Estado, na forma de pessoas jurídicas de direito privado; (iv) os bens das estatais que não forem diretamente vinculados ao serviço público, entre os quais estão as suas rendas, são bens sujeitos ao regime jurídico comum e, portanto, penhoráveis; (v) a extensão às estatais, por lei, de prerrogativas do Poder Público, não pode configurar privilégios inconstitucionais; (vi) é privilégio inconstitucional a impenhorabilidade universal do patrimônio da ECT, promovida pelo art. 12 do Decreto-lei 509/69, que não permite opção alternativa ao sistema de precatórios para a execução judicial de seus débitos; (vii) o mecanismo de precatórios é um privilégio, que só pode ser explicado por se destinar à Fazenda Pública, donde estão excluídas as estatais; (viii) a lei ordinária não pode estender o sistema de precatórios a pessoas jurídicas de direito privado, ainda que integrantes da administração indireta, por configurar privilégio incompatível com o regime jurídico das empresas estatais; (ix) a mecânica de funcionamento dos precatórios depende da existência de orçamento legal e anual de despesas, que as estatais não possuem; (x) o orçamento fiscal, que falta às estatais, não se confunde com o seu orçamento de investimento (art. 165, § 5º, I e II da CF/88); (xi) a aplicação improvisada do sistema de precatórios à ECT não tem fundamento jurídico e deixa seus credores sem nenhuma garantia de execução minimamente eficaz, para o recebimento dos créditos; (xii) no limite, a aplicação do sistema de precatórios só seria pertinente na hipótese de falência da ECT, quando suas dívidas se tornariam da União, que possui responsabilidade subsidiária quanto à elas.

A linha vencida, sustentada pelos Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, não conhecia dos recursos extraordinários, tendo os votos respectivos usado fundamentação rejeitada pelo plenário do tribunal.

Os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, defensores da inconstitucionalidade do dispositivo, argumentavam que: (i) ao instituir a impenhorabilidade de todos os seus bens, rendas e serviços, a norma concedeu à ECT posição privilegiada em face das empresas privadas, violando assim o preceito constitucional de equiparação das empresas estatais às privadas, que as sujeita ao regime jurídico próprio destas e proíbe-lhes a fruição de privilégios que a estas não forem extensivos (CF/88, art. 173, § 1º, II e § 2º); (ii) o serviço postal é atividade econômica sujeita ao monopólio da União (CF/88, art. 21, X), e não serviço público; (iii) o sistema dos precatórios é aplicável somente às pessoas jurídicas de direito público, sendo impertinente às estatais: (iii.1) por serem pessoas jurídicas de direito privado com estrutura empresarial que, justamente por isso, não têm orçamento fiscal, um dos pressupostos para o sistema dos precatórios; (iii.2) o sistema de precatórios existe para promover a execução de bens públicos e, por serem as estatais pessoas jurídicas de direito privado, os seus bens não são bens públicos; (iii.3) os débitos das estatais não são débitos da Fazenda Pública, para cuja satisfação a Constituição impõe o mecanismo dos precatórios (CF/88, art. 100); (iv) ainda que o legislador ordinário possa, em algumas situações, tornar impenhoráveis certos bens, pertencentes a figuras da administração pública ou mesmo a particulares, o dispositivo deixou os credores da ECT sem meios de satisfação de seus créditos, porque não podem efetuar a penhora de bens da estatal e nem processar o sistema de precatórios.

Ao decidir em favor da empresa estatal e considerar a norma que instituiu o privilégio recepcionada pela Constituição Federal de 1988, o STF manteve-o para a ECT. Assim, aceitou a constitucionalidade, na nova ordem constitucional, de uma definição legislativa prévia expressa que atribuía o privilégio à estatal. Nos casos semelhantes posteriormente decididos, o STF manteve a posição definida na sessão de 16 de novembro de 2000.¹⁵⁶⁻¹⁵⁷

¹⁵⁶ São os seguintes: RE 220.699/SP (1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 12/12/2000), RE 229.961/MG (1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 12/12/2000), RE 234.173/MG (Decisão monocrática do Min. Rel. Sepúlveda Pertence, j. 01/02/2001), RE 220.886/PR (Decisão monocrática do Min. Rel. Marco Aurélio, j. 28/03/2001), RE 230.514/MG (Decisão monocrática do Min. Rel. Marco Aurélio, j. 28/03/2001), RE 229.315/PR (Decisão monocrática do Min. Rel. Marco Aurélio, j. 29/03/2001), RE 220.905/AM (Decisão monocrática do Min. Rel. Marco Aurélio, j. 30/03/2001), RE-AgR 230.161/CE (2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 17/04/2001), RE 300.384/PR (Decisão monocrática do Min. Rel. Marco Aurélio, j. 26/04/2001), RE 228.423/PA (Decisão monocrática do Min. Rel. Marco Aurélio, j. 15/05/2001), RE 220.907/RO (2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 12/06/2001), RE 229.444/CE (2ª Turma, Rel. Min.

a.3) O Caso Metrô-SP (2005)

No segundo semestre de 2005, o Supremo Tribunal Federal julgou medida cautelar para suspender a penhora das receitas da bilheteria da Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ, que havia sido determinada pelo juízo da execução e mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁵⁸ Tendo impetrado recurso extraordinário da decisão, a estatal paulista buscava que a penhora não ocorresse até que ele fosse julgado.¹⁵⁹

A penhora fixada judicialmente incidia sobre quase a totalidade das receitas tarifárias da estatal, que estavam vinculadas ao seu custeio. Deste modo, a penhora afetaria o seu funcionamento de empresa, com impactos diretos sobre a administração de seus recursos. A estatal informou que cerca de oitenta por cento de sua renda estava comprometida com a folha de pagamento de seus empregados, e que por isso a penhora implicaria em prejuízo grave ao serviço de transporte público metroviário. Informou-se

Carlos Velloso, j. 19/06/2001), RE-AgR-ED 204.635/RS (2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26/06/2001), AI-AgR 313.854/CE (2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 25/09/2001), AI-AgR 341.423/RJ (Decisão monocrática do Min. Rel. Néri da Silveira, j. 26/10/2001), RE 336.685/MG (1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 12/03/2002), RE-ED 220.902/PE (1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 12/03/2002), AI 394.896/SP (Decisão monocrática do Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 28/06/2002), AI 405.915/SP (Decisão monocrática do Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 05/09/2002), RE 372.713/PE (Decisão monocrática do Min. Rel. Moreira Alves, j. 17/03/2003), RE-AgR 376.702/ES (2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 03/06/2003), RE-ED 230.051/SP (Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 11/06/2003), RE 395.385/SP (Decisão monocrática do Min. Rel. Marco Aurélio, j. 10/10/2003), RE 461.349/PB (Decisão monocrática do Min. Rel. Marco Aurélio, j. 10/10/2003), AI-ED 410.330/SP (2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 14/10/2003), RE 403.693/SP (Decisão monocrática do Min. Rel. Marco Aurélio, j. 14/10/2003), AI 475.609/SP (Decisão monocrática do Min. Rel. Marco Aurélio, j. 03/11/2003), AI-AgR 243.250/RS (1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10/02/2004), RE 422.494/RJ (Decisão monocrática do Min. Rel. Joaquim Barbosa, j. 05/05/2004), AI 506.960/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Marco Aurélio, j. 31/05/2004), AI-AgR 443.187/PR (Decisão monocrática do Min. Rel. Marco Aurélio, j. 15/10/2004), AI-AgR 238.960/RS (1ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, 06/09/2005), RE-AgR 344.975/RJ (2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29/11/2005), AI-AgR 395.654/RS (1ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14/2/2006).

¹⁵⁷ Em 2003, o Min. Gilmar Mendes deferiu a medida cautelar em ação cautelar, movida pela ECT contra o Município de São Paulo. Por meio dela, determinou que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região procedesse ao exame de admissibilidade de recurso extraordinário, interposto pela estatal em face de acórdão que havia negado o pedido de impenhorabilidade de seus bens, e que se encontrava retido naquela instância. O magistrado considerou que a existência das decisões do STF no **Caso ECT (2000)** fazia com que o recurso extraordinário que se tentava interpor tivesse a função de defesa da ordem constitucional objetiva, ultrapassando os interesses das partes em litígio. Sustentou que, como ao STF compete a guarda da Constituição, a sua interpretação do texto constitucional deve ser seguida pelos demais tribunais, sendo que a admissão de decisões judiciais divergentes enfraqueceria a força normativa da Constituição. Por essa razão, deferiu a medida cautelar e ampliou o raio de ação do STF, promovendo a chamada “objetivação do controle difuso de constitucionalidade”, para garantir o privilégio da impenhorabilidade de bens da ECT (Medida Cautelar na Ação Cautelar 86/SP. Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, j. 10/10/2003).

¹⁵⁸ Ação Cautelar 669/SP (Plenário, Rel. Min. Carlos Britto, j. 6/10/2005).

¹⁵⁹ O que não chegou a ocorrer, em face da desistência, pelo Metrô-SP, do RE 472.003/SP (Recorrente – METRÔ, Recorrida – Cetenco Engenharia S/A), homologada pelo Min. Relator Carlos Britto em 7/3/2007.

que o valor da dívida, decorrente de descumprimento de contratos de construção, era, à época, de trinta milhões de reais. A estatal também sustentou que, sendo prestadora de serviço público essencial, não poderia ser aplicado o comando do art. 173, § 1º, II, somente cabível às estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito. Desta circunstância surgiria a impenhorabilidade de seus bens, assim como havia sido reconhecida no **Caso ECT (2000)**.

Estava então colocada ao STF a questão do privilégio da impenhorabilidade de bens do Metrô-SP. Se viesse a ser reconhecido, todos os seus bens, inclusive a sua receita, ficariam protegidos da constrição judicial, pelo fato de se tratar de uma empresa estatal prestadora de serviço público.

Considerando presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, o STF concedeu, em juízo cautelar, o cancelamento do bloqueio de recursos financeiros da estatal que havia sido determinado judicialmente e determinou que o pagamento fosse feito na forma do art. 678 do Código de Processo Civil.¹⁶⁰ Na realidade, a estatal já vinha efetuando pagamentos mensais de quatrocentos mil reais neste modelo, mas o valor era considerado insuficiente pelo exequente, que obteve seu cancelamento em juízo. A decisão da Justiça Paulista foi mantida no Superior Tribunal de Justiça.¹⁶¹ Mas, com o receio de que poderia ocorrer bloqueio de contas e penhora das receitas, a estatal continuou honrando o esquema de pagamentos, mesmo depois de seu cancelamento judicial, o que foi considerado no voto do Min. Relator Carlos Britto.

A decisão do STF pode ser compreendida a partir da divisão dos votos dos ministros em *duas linhas*: a vencedora e a vencida.

A *linha vencedora* foi integrada pelos Ministros Relator Carlos Ayres Britto, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim, que proferiram voto expresso, e pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa, que acompanharam o voto do relator. Tais ministros somaram seus votos para conceder a medida cautelar, com argumentos que se agregaram para formar a fundamentação do acórdão. Os ministros que manifestaram expressamente suas razões aderiram às dadas pelo relator e as complementaram.

¹⁶⁰ Que prescreve: “Art. 678. A penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens, ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um de seus diretores. Parágrafo único. Quando a penhora recair sobre a renda, ou sobre determinados bens, o depositário apresentará a forma de administração e o esquema de pagamento observando-se, quanto ao mais, o disposto nos arts. 716 a 720; recaindo, porém, sobre todo o patrimônio, prosseguirá a execução os seus ulteriores termos, ouvindo-se, antes da arrematação ou da adjudicação, o poder público, que houver outorgado a concessão.”.

¹⁶¹ No Recurso Especial 637.960/SP (1ª Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, j. 14/9/2004).

Com o seu voto, o Min. Relator Carlos Britto responde positivamente à questão de serem impenhoráveis as receitas do Metrô-SP. Após informar que a estatal havia proposto um esquema de pagamento, na forma do art. 678 (com parcelas mensais de quatrocentos mil reais, mas que fora recusado pelo STJ), e que havia sido constatado em instâncias inferiores a inexistência de outros meios para a constrição (o que já demonstrava que o Metrô-SP dependia das receitas das bilheterias para se manter), o Ministro aplica a orientação fixada no **Caso ECT (2000)**, que foi considerado como um precedente para o julgamento, mesmo sendo a ECT uma empresa pública e o Metrô-SP uma sociedade de economia mista, até porque essa estatal, com 99,583692% do capital formado por recursos públicos, era, de fato, uma empresa pública.

O Min. Relator justificou a suspensão da penhora pela circunstância de haver sido atingida a receita tarifária da estatal, auferida de suas bilheterias. Considera que as rendas daí decorrentes têm afetação ao serviço público de transporte, cuja continuidade delas depende. A afetação foi comprovada pelo fato de no processo de execução não haver sido viabilizada a constrição judicial sobre nenhum outro bem. Assim, se feita a penhora das receitas, haveria prejuízo à continuidade do serviço público, que não poderia ser prejudicado por interesses creditícios de terceiros. Como se tratava, no caso, de transporte coletivo urbano de passageiros, essencial por determinação constitucional (art. 30, V), e relevante para a promoção dos fins sociais do trabalho (art. 6º) e do desenvolvimento urbano (art. 182, *caput*), a penhora não poderia ser permitida.

É essencial, no voto do relator, a percepção de que se tratava de penhora abusiva, pelo fato de que havia determinação judicial de constrição da quase totalidade da receita tarifária da estatal, que era indispensável para o seu custeio, especialmente para o pagamento de seus empregados, e, portanto, para a continuidade do serviço público. Outro ponto vital no argumento do relator é a constatação de que havia um esquema viável de pagamento do débito, na forma do art. 678 do CPC (com parcelas mensais de quatrocentos mil reais, mas que fora recusado pelo STJ), que vinha sendo executado pelo Metrô-SP, o que tornava aquela penhora desnecessária.

O Min. Sepúlveda Pertence acompanhou o voto do Min. Relator, sustentando que o precedente do **Caso ECT (2000)** era pertinente para o julgamento, porque o Metrô-SP, tal qual a ECT, era uma empresa estatal de prestação de serviço público essencial, independentemente de ser constituída como sociedade de economia mista. Mesmo tendo sido vencido naquela ocasião, considerou que havia se formado uma

sólida maioria em torno do entendimento de que os bens das empresas estatais de serviços públicos são impenhoráveis, o que o levou a conceder a medida cautelar.

O Min. Nelson Jobim, então Presidente do STF, também acompanhou o voto do Min. Relator, acrescentando o dado de que as empresas que contratam com empresas estatais de serviços públicos consideram, em seus custos, os riscos de atrasos de pagamentos, o que evita a ocorrência de efetivo prejuízo e permite que elas continuem sendo contratadas pelas estatais para outras tarefas. Além disso, considerou o serviço prestado pelo Metrô-SP como de natureza pública, sendo a receita condição de operação da empresa.

A *linha vencida* foi sustentada somente pelo Min. Marco Aurélio, para negar a concessão da medida cautelar, usando fundamentação que se pode considerar rejeitada pelo plenário da corte. Em seu voto, ele visualizou o exercício de atividade econômica, em virtude da finalidade abrangente de atuação de uma sociedade de economia mista. Sustenta ser inaplicável o precedente do **Caso ECT (2000)**, em função de o Metrô-SP ser sociedade de economia mista e a ECT, empresa pública. Constatando que havia um débito em execução, defende que o STF adote uma postura de recusar que pessoas jurídicas de direito privado deixem de arcar com suas dívidas, como fazem as pessoas jurídicas de direito público.

Estavam ausentes os Ministros Eros Grau e Ellen Gracie.

a.4) O Caso SANED-Diadema (2006)

Em março de 2006, o STF apreciou medida cautelar em ação cautelar proposta pela Companhia de Saneamento de Diadema – SANED contra a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP.¹⁶² Aquela estatal almejava a obtenção de efeito suspensivo para recurso extraordinário, no qual pleiteava a impenhorabilidade de seus bens. A SANED vinha sofrendo execução, movida pela SABESP, em função de débito decorrente do descumprimento de contrato de fornecimento de água potável por atacado. Nessa execução por título executivo extrajudicial, a penhora havia sido determinada judicialmente em 15% do faturamento da SANED, não obstante o contrato estipulasse o percentual de 60, incidente sobre a sua receita mensal.

¹⁶² AC-MC 1.111/SP, Requerente – Companhia de Saneamento de Diadema – SANED, Requerida – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP (Decisão monocrática do Min. Relator Carlos Britto, j. 01/03/2006).

A SANED alegou que, como sociedade de economia mista prestadora de serviço público de saneamento básico, não poderia ter seus bens penhorados. Sustentou também o risco à continuidade do serviço público, que poderia decorrer do prosseguimento do processo de execução. Deste modo, colocou ao STF a questão do privilégio da impenhorabilidade de bens das empresas estatais de serviço público, que, se reconhecido, implicaria na sua proteção patrimonial plena.

Em decisão monocrática, o Min. Carlos Britto, mesmo reconhecendo que a tese defendida era idêntica à do Metrô-SP no **Caso Metrô-SP (2005)**, deixou de conceder a medida cautelar para determinar a citação da SABESP, cuja ouvida considerou necessária antes de qualquer decisão. Não obstante, fez observações sobre a situação: a primeira, sobre a origem da dívida ser de um contrato de fornecimento de água potável por atacado, livremente pactuado; a segunda, sobre a exequente ser a SABESP, que, como sociedade de economia mista, também poderia invocar o interesse público e o princípio da continuidade dos serviços públicos para justificar a penhora dos ativos financeiros, advertindo que a penhora judicial em discussão era de somente 15% do faturamento, “parcela que, conquanto significativa, está aquém dos 60% (sessenta por cento) estipulados no contrato”; e a terceira, que estava pendente de julgamento no Tribunal de Justiça de São Paulo um pedido semelhante ao da cautelar proposta ao STF, que ainda esperava a resposta da SABESP.

Após essa decisão do relator, houve a desistência da ação pela SANED, que foi homologada.

a.5) O Caso CASAL-AL (2007)

Em outubro de 2007, o Min. Relator Marco Aurélio negou seguimento a recurso extraordinário interposto pela Companhia de Abastecimento D’Água e Saneamento do Estado de Alagoas – CASAL contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que afastava a incidência do artigo 100 da Constituição nas execuções contra a estatal.¹⁶³

Assim, o Min. Marco Aurélio manteve a penhora realizada sobre o faturamento da empresa, considerando não existir precedente do STF garantindo a execução por meio de precatórios contra sociedade de economia mista, que é pessoa de direito

¹⁶³ RE 531.538/AL, Recorrente – Companhia de Abastecimento D’Água e Saneamento do Estado de Alagoas – CASAL, Recorrido – Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Decisão monocrática do Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/10/2007).

privado e, por isso, não pode ser incluída na Fazenda Pública, “pouco importando o fato de prestar serviços essenciais mediante monopólio”. Considerou relevante a circunstância de que, no **Caso ECT (2000)**, estava envolvida empresa pública, “formada por recursos exclusivamente públicos”, e que o capital da CASAL “compõe-se de recursos de particulares e de pessoas jurídicas”. Teve por incidente o artigo 173 e como aplicável a norma que sujeita as estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas e lhes proíbe a fruição de privilégios.

A CASAL interpôs agravo regimental desta decisão, que se encontra pendente de julgamento.¹⁶⁴

a.6) O Caso ELETRONORTE (2008)

Em fevereiro de 2008, o STF julgou medida cautelar na ação cautelar proposta pela ELETRONORTE – Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A, com o objetivo de obter efeito suspensivo a recurso extraordinário.¹⁶⁵ Neste, a estatal sustenta que a penhora determinada em processo de execução de título judicial, decorrente de ação de indenização movida por empresa do setor privado, ofende o artigo 100 da Constituição.

A ELETRONORTE sustenta que, como sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos, tem direito ao procedimento de execução disciplinado no artigo 730 do Código de Processo Civil, como o STF já reconheceu no **Caso ECT (2000)**.

Em decisão monocrática, o Min. Carlos Britto deferiu a medida cautelar e suspendeu o processo de execução em tramitação no juízo. Fundamenta sua decisão na constatação de que, no julgamento do **Caso ECT (2000)**, o STF decidiu que o artigo 173, § 1º não se aplica às empresas estatais de serviços públicos. Cita ainda o **Caso Metrô-SP (2005)**, identificando em tais precedentes a tese de fundo comum quanto à aplicabilidade do regime de precatórios às estatais de serviços públicos. Argumenta que as empresas do setor privado que venham a contratar empresas estatais de serviços

¹⁶⁴ Em 28/02/2010, os autos encontravam-se conclusos ao relator.

¹⁶⁵ AC-MC 1.947/DF, Requerente – ELETRONORTE – Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A, Requerida – Sondotécnica Engenharia de Solos S/A (Decisão monocrática do Min. Relator Carlos Britto, j. 15/02/2008). Em 28/02/2010, a ação pendia de julgamento definitivo, estando os autos conclusos ao ministro relator. Curiosamente, o litígio envolve, como advogados em polos contrapostos, dois ministros aposentados do STF que ocuparam a vaga detida hoje pelo Min. Carlos Britto. São os ex-ministros Ilmar Galvão, advogado da ELETRONORTE, e Aldir Passarinho, advogado da Sondotécnica. A respectiva linha sucessória pode ser vista em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tab_ela_231009.pdf e em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_poster_231009.pdf.

públicos devem saber que ela não pode deixar de suprir necessidades materiais da população. Assim, constata a verossimilhança que o faz deferir a medida cautelar.

a.7) O Caso EMDUR-Porto Velho (2008)

Em outubro de 2008, o STF analisou recurso extraordinário interposto pela Empresa de Desenvolvimento Urbano – EMDUR contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. O julgado do tribunal local determinava, em processo de execução, a penhora e a alienação dos bens da empresa estatal, com o fundamento central de que bens de empresa pública não são bens públicos.¹⁶⁶

A EMDUR alegava que, apesar de possuir “caráter jurídico de direito privado” por ser empresa pública, prestaria serviços públicos, o que afastaria a incidência do art. 173 da Constituição. Com isso, teria direito ao pagamento de seus débitos por meio do sistema de precatórios. O provimento do recurso extraordinário possibilitaria à estatal livrar-se da penhora e posterior alienação de seus bens, determinada pelo TJ/RO. Estava então em julgamento a concessão do privilégio da impenhorabilidade de bens à EMDUR.

Presumindo a existência de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, o Min. Relator Eros Grau deu provimento ao recurso extraordinário, usando da competência do artigo 557, § 1º-A do Código de Processo Civil.¹⁶⁷ Em julgamento monocrático, o Min. Relator Eros Grau conferiu razão à recorrente, acolhendo integralmente as suas alegações a partir da afirmação de que o caso era análogo ao do **Caso ECT (2000)**. Sem fundamentar suas assertivas, o ministro dá provimento ao recurso extraordinário.

Ao assim fazer, criou o privilégio para a EMDUR, que até então estava sujeita ao regime jurídico empresarial da penhorabilidade de seus bens, tendo passado a se beneficiar da impossibilidade de seus credores promoverem a penhora e a alienação de seus bens em processo de execução. Não havia definição legislativa prévia que o instituísse à estatal, mas o STF concedeu-o a partir da consideração de que se tratava de situação análoga ao **Caso ECT (2000)**.

¹⁶⁶ RE 419.875/RO, Recorrente – Empresa de Desenvolvimento Urbano – EMDUR, Recorrida – EMBRACE – Empresa Brasil Central de Engenharia Ltda (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 29/10/2008).

¹⁶⁷ Que assim prescreve: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”.

a.8) O Caso CEHOP-SE (2008)

Em novembro de 2008, analisou reclamação proposta pela Companhia Estadual de Habitação e Obras Públicas – CEHOP de Sergipe contra ato emanado pelo juízo local.¹⁶⁸ A estatal vinha sofrendo processo de execução por título extrajudicial, movido por empresa do setor privado com quem havia contratado. Após constatar o descumprimento de obrigação contratual, o juízo determinou o pagamento de dívida em vinte em quatro horas, sob pena de penhora *on-line* dos valores devidos.

A CEHOP foi então ao STF, sustentando que, na qualidade de sociedade de economia mista prestadora de serviço público, com a realização de obras públicas, tem direito à impenhorabilidade de seus bens e ao processamento de suas dívidas pelo regime de precatórios. Defende que lhe seja aplicado o entendimento formado no **Caso dos advogados empregados (1997)**, no **Caso ECT (2000)** e no **Caso ECT (2004)**¹⁶⁹, com a aplicação do artigo 100 e o afastamento do artigo 173, § 1º, ambos da Constituição. Foi, dessa forma, pleiteada a constituição do privilégio da impenhorabilidade de bens para a estatal sergipana.

O STF, por decisão monocrática da Min.^a Cármen Lúcia, negou seguimento à reclamação, por considerar que não houve descumprimento de decisão do tribunal que autorizasse o uso desta ação. Constata que os precedentes trazidos pela reclamante não dizem respeito à CEHOP, cujas atividades ainda não foram analisadas pelo STF, mas a outras empresas estatais. Assim, a alegação de que há uma tendência de aplicação de tese não traz plausibilidade jurídica suficiente para o pedido. Por fim, sustenta que os atos processuais da execução indicam a admissão, pela própria estatal, de que não presta serviços públicos.

a.9) O Caso CARHP-AL (2009)

Em maio de 2009, o STF, por meio de decisão monocrática do Min. Ricardo Lewandowski, negou seguimento a recurso extraordinário, interposto pela União, contra acórdão que reconheceu à Companhia Alagoana de Recursos Humanos e Patrimoniais –

¹⁶⁸ Reclamação 6815/SE, Reclamante – Companhia Estadual de Habitação e Obras Públicas – CEHOP, Reclamado – Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, Interessado – Saint-Gobain Canalização Ltda (Decisão monocrática da Min^a Rel^a Cármen Lúcia, j. 06/11/2008).

¹⁶⁹ Tratado abaixo, neste capítulo.

CARHP o direito à impenhorabilidade de seus bens.¹⁷⁰ O acórdão recorrido impossibilitou a penhora de bem da sociedade de economia mista por considerá-la prestadora de serviço público e por ter seus bens afetados à prestação do serviço, o que atraía o princípio da continuidade do serviço público. A União alegou que o acórdão ofendeu o artigo 173, § 1º da Constituição.

O STF considerou que, para concluir em sentido contrário ao decidido pelo tribunal local e constatar a ausência de destinação pública dos bens tidos por impenhoráveis, deveria fazer o reexame de provas dos autos, o que não é possível no âmbito do recurso extraordinário. Assim, negou seguimento ao recurso.

a.10) O Caso CASAL-AL (2009)

Em março de 2009, o STF julgou recurso extraordinário em que a CASAL contestava acórdão do TRF da 5ª Região, que lhe negava qualquer prerrogativa como executada e lhe aplicava o art. 173, § 1º, II da Constituição e a Lei 6.830/80, que é a Lei de Execuções Fiscais. A estatal argumentou que, como empresa estatal de serviço público, não lhe poderia ser aplicado o artigo 173, § 1º, II, o que fere o artigo 100, também da Constituição. Suscitou, assim, que lhe fosse concedido o privilégio da impenhorabilidade de bens.

Em decisão monocrática, a Min.^a Relatora Ellen Gracie deu provimento ao recurso com base no art. 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, “para determinar a aplicação do processamento da execução por meio de precatório, nos termos do art. 100 da Constituição Federal”, considerando existir jurisprudência dominante do STF sobre a questão.¹⁷¹ Sustentou que o STF já acolheu o entendimento de que deve ser dado tratamento distinto às empresas estatais de atividades econômicas e às de serviços públicos, como no **Caso ECT (2000)** e no **Caso EMDUR-Porto Velho (2008)**. Constatando que a CASAL é uma sociedade de economia mista que presta serviços de saneamento básico, refuta a incidência do artigo 173, § 1º e a sujeita à “execução própria das pessoas públicas, nos termos do artigo 100 da CF”. Argumenta que, apesar de o **Caso ECT (2000)** tratar da recepção de norma legal que instituía o privilégio àquela estatal, a observação dos votos então proferidos permite “perceber que os

¹⁷⁰ RE 597.628/AL, Recorrente – União, Recorrida – Companhia Alagoana de Recursos Humanos e Patrimoniais - CARHP (Decisão monocrática do Min. Rel. Ricardo Lewandowski, j. 04/05/2009).

¹⁷¹ RE 485.000/AL, Recorrente – Companhia de Abastecimento D’Água e Saneamento do Estado de Alagoas – CASAL, Recorrido – Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Decisão monocrática da Rel. Min.^a Ellen Gracie, j. 02/03/2009).

fundamentos utilizados como razão de decidir espraiam-se pela separação dos conceitos entre entidade estatal que presta serviço público e aquela que exerce atividade econômica, empresarial, concorrendo com empresas privadas”, passando então a citar trechos daquele acórdão.

Em maio de 2009, a 2ª Turma do STF analisou agravo regimental interposto pela União contra a decisão, alegando que não havia entendimento pacificado do STF quanto ao tema, justamente em função do **Caso CASAL-AL (2007)**.¹⁷² Por unanimidade, o colegiado negou provimento ao recurso, sustentando a existência, nas palavras da Min.^a Relatora, de um “entendimento pacífico lastreado por inúmeros precedentes que discutiram o tema não só nos órgãos fracionários, como também no Plenário do Supremo Tribunal Federal, o que traduz uma inafastável consolidação de entendimento”.

A União ainda insistiu na demanda por meio da proposição de embargos de declaração, em que alegava omissão do acórdão precedente quanto à existência de litispendência entre esse recurso extraordinário e o do **Caso CASAL-AL (2007)**, sustentando também a incompatibilidade entre o **Caso ECT (2000)** e o que estava sendo julgado, por envolver uma sociedade de economia mista sujeita ao art. 173, § 2º da Constituição. Em agosto de 2009, a 2ª Turma do STF acolheu os embargos somente quanto ao tema da litispendência, que considerou inexistir.¹⁷³

Em junho de 2009, a 2ª Turma referendou medida cautelar concedida pelo Min. Joaquim Barbosa em ação cautelar.¹⁷⁴ Por meio dela, a CASAL buscava a obtenção de efeito suspensivo a recurso extraordinário que discute a impenhorabilidade dos bens dessa estatal.¹⁷⁵ Em processo de execução movido contra ela pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, o juízo federal e o TRF da 5ª Região mantiveram a possibilidade de penhora dos bens da empresa e o processamento da execução sem o rito da expedição do precatório. A turma referendou a cautelar com

¹⁷² RE-AgR 485.000/AL, Agravante – União, Agravado – Companhia de Abastecimento D’Água e Saneamento do Estado de Alagoas - CASAL (2ª Turma, Rel. Min.^a Ellen Gracie, j. 12/05/2009).

¹⁷³ RE-AgR ED 485.000/AL, Embargante – União, Embargada – Companhia de Abastecimento D’Água e Saneamento do Estado de Alagoas - CASAL (2ª Turma, Rel. Min.^a Ellen Gracie, j. 04/08/2009).

¹⁷⁴ AC-MC-Ref 2.318/AL, Requerente - Companhia de Abastecimento D’Água e Saneamento do Estado de Alagoas – CASAL, Requerido – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE (2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09/06/2009).

¹⁷⁵ Trata-se do RE 592.004/AL, Recorrente – Companhia de Abastecimento D’Água e Saneamento do Estado de Alagoas – CASAL, Recorrido – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, que em 28/02/2010 se encontrava com os autos conclusos ao relator.

base na decisão tomada no **Caso ECT (2000)**, mantendo o efeito suspensivo do referido recurso extraordinário.

a.11) O Caso EBDA-BA (2009)

Em novembro de 2009, a 2ª Turma do STF analisou agravo regimental em recurso extraordinário que envolvia a impenhorabilidade dos bens da Empresa Baiana de Desenvolvimento Agrícola S/A – EBDA.¹⁷⁶ O Tribunal Superior do Trabalho havia considerado que, como empresa pública, sujeita ao regime jurídico das empresas privadas, seria incabível a impenhorabilidade de seus bens. Em recurso extraordinário ao STF, a EBDA alegou a violação aos artigos 100 e 173 da Constituição.

O Min. Eros Grau, em decisão monocrática, deu provimento ao recurso extraordinário, com base no art. 557, § 1º-A do CPC.¹⁷⁷ Considerou que a empresa pública estadual presta serviço público, mencionando dispositivo de seu estatuto social, mas sem transcrevê-lo. Argumentou que, como a estatal não exerce atividade econômica em sentido estrito, não é aplicável o artigo 173, conforme o STF já decidiu no **Caso ECT (2000)** e no **Caso Metrô-SP (2005)**. No voto do agravo regimental, o Min. Relator apenas reproduz tais argumentos para negar o seu provimento, no que foi unanimemente acompanhado pela 2ª Turma.

a.12) Análise do privilégio na jurisprudência do STF

A jurisprudência manifesta uma expressiva tendência de o Supremo Tribunal Federal afirmar o privilégio da impenhorabilidade de bens para as empresas estatais de serviço público. Ao julgar disputas dessas estatais envolvendo a penhora de seus bens, o STF manifesta uma forte propensão a utilizar um critério subjetivo de análise. Assim, diante de casos da espécie, a corte busca perceber se a empresa estatal pode ser caracterizada como prestadora de serviço público, para, em caso positivo, conceder o privilégio. Abdica, deste modo, do critério objetivo, deixando de analisar se a proteção à constrição judicial deve ser concedida em função do bem público em si ou da sua necessidade para um serviço público.

Essa tendência é comprovada pelos julgamentos do **Caso ECT (2000)**, que a iniciou, e do **Caso ELETRONORTE (2008)**, do **Caso EMDUR-Porto Velho (2008)**,

¹⁷⁶ RE-AgR 433.666/BA, Agravante – Adelaide Maia Souza, Agravada – Empresa Baiana de Desenvolvimento Agrícola S/A – EBDA (2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 03/11/2009).

¹⁷⁷ RE 433.666/BA, Recorrente - Empresa Baiana de Desenvolvimento Agrícola S/A – EBDA, Recorrida - Adelaide Maia Souza (Decisão monocrática do Min. Eros Grau, j. 25/06/2009).

do **Caso CARHP-AL (2009)**, do **Caso CASAL-AL (2009)** e do **Caso EBDA-BA (2009)**, que seguiram-na. Em todos esses julgados, a constatação de que se tratava de estatal de serviço público serviu para afastar a incidência do artigo 173 e aplicar o artigo 100, ambos da Constituição, e assim garantir a fruição do privilégio da impenhorabilidade dos bens. Com base no pertencimento a esta categoria de empresa estatal, o STF entendeu cabível que o patrimônio dessas estatais fosse protegido da constrição judicial para a satisfação de direitos de credores.

Mas, ao contrário do que seria imaginável, o STF não realizou, em quaisquer desses casos, a análise da necessidade dos bens que estavam sofrendo penhora para a prestação do serviço público específico. Em tais ocasiões, não foi preocupação do tribunal compreender a relação do bem com as atividades desempenhadas pelas empresas em questão, para então verificar a sua eventual prescindibilidade e, portanto, a possibilidade de sua constrição judicial. Diante da dificuldade colocada para distinguir entre bens afetados e não afetados, o STF optou por proteger todo o patrimônio das empresas estatais prestadoras de serviço público.

O julgamento do **Caso ECT (2000)** foi o único de tais julgados em que foi suscitada a questão de o judiciário realizar a separação entre bens afetados e não afetados ao serviço público, com a finalidade de proteger somente aqueles da penhora. Quem o fez foi o Min. Sepúlveda Pertence, que foi vencido na defesa da ideia de que esta era uma tarefa prévia a ser realizada na constrição judicial de bens das empresas estatais de serviços públicos. Assim, o STF não optou pelo uso do critério objetivo, que buscava analisar o bem penhorado e a sua relação com o serviço público. Por isso, não realizou tal tarefa nesse acórdão, tendo essa ideia sido vencida no Plenário.

Na ocasião, o Min. Sepúlveda Pertence propugnava pela penhorabilidade das rendas da ECT e dos seus bens que não estivessem afetados ao serviço postal e telegráfico de que a estatal é delegatária. Sendo penhorável tal conjunto patrimonial, parcial em relação ao patrimônio total da estatal, não se aplicaria à ECT o sistema de precatórios. Este se restringiria às pessoas jurídicas de direito público e seria incompatível com o regime jurídico das empresas estatais, por conceder privilégio, não extensível às empresas privadas concessionárias de serviço público, e que ainda deixaria os credores da ECT sem uma garantia mínima de execução. O Min. Moreira Alves, mesmo reconhecendo que o sistema de precatórios foi adotado para a Fazenda Pública, da qual as estatais não fazem parte, considerou inviável a separação entre bens afetados e não afetados, inclusive com relação às rendas, o que o leva a aplicar a técnica da

interpretação conforme à Constituição para incluir a ECT no orçamento fiscal, para efeitos de emissão de precatórios. Foi essa posição que se sagrou vencedora no julgamento, tendo sido vencida aquela outra argumentação.

Ao afastar a regra geral da penhorabilidade dos bens como forma de execução judicial, o STF priorizou o fato de os bens pertencerem a empresas estatais consideradas prestadoras de serviço público, e não a eventual circunstância de os bens estarem afetados à prestação de um serviço público. Assim, a constatação da existência de um serviço público não serviu para avaliar se os bens que vinham sendo objeto de penhora judicial estavam com ele comprometidos, mas apenas para que a empresa estatal pudesse ser caracterizada como “prestadora de serviço público”. Quando o STF considerou que a estatal integrava esta categoria, afirmou o privilégio de proteção especial dos bens, sem investigar se, realmente, os bens que vinham sendo penhorados estavam acometidos à prestação de um serviço público.

As decisões sobre impenhorabilidade de bens das estatais de serviços públicos são pautadas exclusivamente pelo critério subjetivo. Falta ao tribunal o passo adiante que lhe permitiria perceber que, do conjunto de bens de tais empresas, uma parte considerável pode, perfeitamente, ser constricta pelo judiciário para atender a direitos legítimos de seus credores, sem prejudicar a realização de serviços públicos. A corte abdicou do critério objetivo no julgamento do **Caso ECT (2000)**, e desde então não cogita mais de sua utilização.

O **Caso Metrô-SP (2005)** segue parcialmente a tendência decisória do STF de afirmar o privilégio da impenhorabilidade de bens pelo critério subjetivo. Na ocasião, o tribunal suspendeu penhora que havia sido determinada contra essa empresa estatal por caracterizá-la como prestadora de serviço público, o que permitiu a aplicação do precedente do **Caso ECT (2000)**. Apesar disso, o seu resultado foi a aplicação da penhora de empresa concessionária ou autorizada (Código de Processo Civil, art. 678), com a aceitação de um esquema de pagamentos mensais, e não pela via de execução imprópria dos precatórios.

Ao conceder a medida cautelar, o tribunal considerou que era aplicável o entendimento que havia fixado no **Caso ECT (2000)**. Até mesmo o Min. Sepúlveda Pertence, que então havia dado voto vencido, aplicou o fundamento daquela decisão para suspender a penhora contra o Metrô-SP.¹⁷⁸ A corte constatou que havia prestação

¹⁷⁸ Vejam-se as palavras do Min. Sepúlveda Pertence: “Seja como for, tem-se um dado: a decisão do Plenário no RE 220.906, Maurício Corrêa, relativa à Empresa de Correios e Telégrafos. Nela, fiquei

de serviço público por uma empresa estatal, considerando irrelevante o fato de se tratar de empresa pública ou de sociedade de economia mista. Por ser o Metrô-SP, tal qual a ECT, empresa estatal prestadora de serviço público, o STF considerou pertinente a aplicação do precedente, dando sequência ao emprego do critério subjetivo para a afirmação do privilégio da impenhorabilidade de bens. Deste modo, o tribunal partiu do **Caso ECT (2000)** para suspender a penhora da receita do Metrô-SP.

Contudo, mesmo afirmando o privilégio para a empresa estatal, esse julgado apresenta particularidades relevantes, que o diferencia das demais decisões que formam essa corrente jurisprudencial. Deve ser destacado que a penhora até então incidente atingia a receita tarifária, em sua quase totalidade, o que afetava o custeio da empresa estatal. Assim, era uma situação de penhora abusiva, porque constrangia excessivamente a devedora e prejudicava o seu funcionamento empresarial. Além disso, vinha sendo cumprido pela estatal um esquema de pagamentos, que se mostrava satisfatório para a quitação dos débitos, sem prejudicar as suas operações. Então a penhora, da maneira como vinha sendo efetuada, era desnecessária. Neste cenário, o STF aceitou que a satisfação do débito continuasse ocorrendo por meio do esquema de pagamentos mensais, na forma do artigo 678 do Código de Processo Civil, desobrigando-a de uma penhora que se apresentava abusiva e desnecessária.

Houve, assim, a consideração da necessidade da receita penhorada para a prestação do serviço público. Nessa decisão, o STF percebeu que a penhora, da forma como vinha sendo imposta pelas demais instâncias judiciais, colocava em risco o serviço público desempenhado pela estatal. A receita que vinha sendo alvo de constrição era essencial para o custeio da empresa e, especialmente, para o pagamento de seus empregados. Viu-se que, sem tais valores, a estatal ficaria impossibilitada de arcar com o serviço que lhe cabia prestar. Havia, então, a afetação desse bem ao serviço público. O tribunal notou que havia uma situação limite naquela penhora, de potencial dano ao serviço público, e por isso a impediu.

Ao considerar que estava comprovada, no caso, a afetação da receita das bilheterias da estatal à prestação do serviço público, o STF concluiu que, ocorrendo o bloqueio de contas para a penhora do valor devido, haveria prejuízo à prestação do

vencido, mas não posso negar, ante a sólida maioria então formada, que o precedente tem pertinência a este caso. Não me impressiona o dado, ao qual deu grande ênfase o eminente Procurador-Geral da República, de cuidar-se, no precedente, de uma empresa pública, a ECT, e aqui, de uma sociedade de economia mista: certo é que são empresas estatais de prestação de serviço público essencial, como realçava há pouco o eminente relator, Ministro Carlos Britto.”.

serviço. Mesmo sendo questionável que a totalidade das receitas estivesse afetada à prestação dos serviços, o que, se ocorresse, impediria mesmo o pagamento que o Metrô-SP fez na forma do artigo 678 do CPC, trata-se de um fundamento que, em si, não gera privilégio à estatal, porque uma empresa privada concessionária de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros também poderia se beneficiar desta regra de proteção aos serviços, desde que presente a afetação da receita.

Outro aspecto que diferencia esse julgado dos demais é o do resultado da decisão, que não sujeitou a execução ao artigo 100 da Constituição e, portanto, não a remeteu a um sistema de precatórios. Tal solução era prescindível, porque a estatal já vinha efetuando o pagamento por meio de um esquema de parcelas mensais, que o STF aceitou ao determinar que o pagamento dos débitos ocorresse na forma de penhora de empresa concessionária ou autorizada, prevista no art. 678 do CPC. Além disso, não houve um pedido expresso da estatal para que a execução fosse regida pelo artigo 100 da Constituição, mas tão somente o da suspensão da penhora, com base na impenhorabilidade de seus bens.

A citação do **Caso ECT (2000)** serviu, então, para que o STF suspendesse a penhora sobre a receita do Metrô-SP, e assim afirmasse o privilégio da impenhorabilidade de bens para essa estatal por considerá-la prestadora de um serviço público, mas não para que lhe garantisse a execução por meio de um sistema de precatórios, já que o resultado foi o da aplicação da penhora de empresa concessionária ou autorizada (art. 678, CPC). A sua invocação também foi necessária para que o STF pudesse apreciar a ação cautelar proposta, uma vez que foi um dos argumentos centrais alegados, na interposição do recurso extraordinário, para a demonstração de contrariedade à Constituição (CF/88, art. 102, III, *a*).

Os outros julgados não infirmam a tendência que se acaba de identificar. Eles representam somente desvios pontuais, incapazes de alterar o sentido, muito claro, das decisões que afirmam a impenhorabilidade dos bens das estatais de serviços públicos, por meio do uso do critério subjetivo. Tais fugas ao padrão decisório ocorreram no **Caso SANED-Diadema (2006)** e no **Caso CEHOP-SE (2008)**, que deixaram de afirmar o privilégio, e no **Caso CASAL-AL (2007)**, quando o privilégio foi negado. Cada um deles tem suas particularidades, que explicam a mudança pontual de postura do STF. Em todos eles, a ausência de afirmação do privilégio é explicada por circunstâncias próprias, que os diferenciam da corrente jurisprudencial descrita.

No **Caso SANED-Diadema (2006)**, é preciso observar que o STF deixou de conceder o privilégio no contexto de uma decisão monocrática muito imediata. Tratava-se de uma medida cautelar em ação cautelar, em que a parte contrária ainda nem havia sido ouvida. O Min. Relator Carlos Britto expressamente consignou que havia a necessidade de audiência da parte contrária antes da tomada de qualquer decisão, como ele próprio havia feito quando lhe foi distribuído o **Caso Metrô-SP (2005)**.

O magistrado também destacou a circunstância de que a credora, assim como a estatal devedora, também era uma sociedade de economia mista prestadora do serviço público de saneamento, o que possibilitava que invocasse as mesmas razões de interesse público e continuidade do serviço público, só que para justificar a penhora dos ativos financeiros da SANED. Para o Min. Relator, essa pareceu ser uma particularidade relevante, que poderia diferenciar o caso dos demais que envolveram penhora de bens de estatais de serviços públicos.¹⁷⁹ Na lógica do raciocínio do julgador, a penhora poderia ser justificada em função da proteção ao serviço público prestado pela credora.¹⁸⁰

A decisão ainda menciona que a dívida decorria de um contrato, livremente estipulado, em que a própria executada ofereceu 60% de sua receita como garantia de pagamento, não obstante o judiciário houvesse efetivado a penhora sobre somente 15% de seu faturamento.¹⁸¹

Deste modo, o Min. Relator deixou de afirmar o privilégio imediatamente, mas não é possível saber como teria sido sua decisão definitiva, já que a executada desistiu da ação.

¹⁷⁹ O Min. Relator Carlos Britto afirma: “É interessante anotar, ainda, que a exeqüente é a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP, também sociedade de economia mista, integrante da Administração Indireta do Estado bandeirante. Logo, o interesse público e o princípio da continuidade poderão ser invocados tanto pela requerente como pela requerida, seja para justificar seja para não justificar a penhora de ativos financeiros. E, aí, quem terá a melhor razão? Neste ponto, advirto que a determinação judicial, aqui, abrange somente 15% (quinze por cento) do faturamento, parcela que, conquanto significativa, está aquém dos 60% (sessenta por cento) estipulados no contrato.”.

¹⁸⁰ O raciocínio sustentado pelo Min. Relator é questionável, porque qualquer cobrança judicial que uma pessoa de direito público faça contra outra demanda o processamento do sistema de precatórios. Ou seja, a natureza jurídica de direito público da pessoa credora não causa a penhorabilidade dos bens da devedora. Interessa somente analisar a natureza jurídica da pessoa devedora, que, se for de direito público, levará ao processamento do sistema de precatórios.

¹⁸¹ Nas palavras do Min. Relator: “Começo por anotar que a inicial se insurge contra a ‘indevida submissão da sociedade de economia mista (SANED) ao regime de direito privado’ (fls. 08). Entretanto, a dívida objeto da execução se originou de um contrato de fornecimento de água potável por atacado, concebido segundo normas livremente pactuadas. Pelo que consta às fls. 19, a ora executada ofereceu em garantia de pagamento ‘parte da receita mensal dos serviços de água e esgoto prestados pelos usuários... mediante transferência bancária de fundos provenientes da arrecadação diária do Município, no percentual de 60% (sessenta por cento)’.”.

No **Caso CEHOP-SE (2008)**, o STF deixou de afirmar o privilégio da impenhorabilidade de bens ao não conhecer de reclamação proposta pela estatal contra ato do juízo local que determinava o pagamento da quantia devida, sob pena de penhora. O tribunal não recusou o privilégio para a estatal, mas, sim, desautorizou o uso da reclamação na hipótese, porque não vislumbrou descumprimento de decisão sua no ato do juízo. Deixou, assim, de conhecer a questão proposta por constatar que não havia precedentes no STF sobre a impenhorabilidade de bens da CEHOP, cujas atividades ainda não haviam sido analisadas pelo STF, pondo-se a dúvida a circunstância de se tratar de serviços públicos.

Essa decisão monocrática da Min.^a Rel.^a Cármen Lúcia sugere uma postura de cautela do STF quanto a dois aspectos: o de evitar o uso indevido da reclamação como meio de supressão de outras instâncias judiciais e o de reservar a jurisdição da corte para um exame mais cauteloso das atividades desempenhadas pela estatal sergipana. Assim, a decisão não chega a contrariar a tendência identificada; apenas não adere irrefletidamente à jurisprudência que afirma o privilégio da impenhorabilidade de bens às estatais de serviços públicos.

No **Caso CASAL-AL (2007)**, o resultado contrário à tendência de afirmação do privilégio da impenhorabilidade de bens pode ser explicada por ter sido tomada em decisão monocrática, por um magistrado que foi vencido no **Caso ECT (2000)**. Trata-se do Min. Marco Aurélio, que manteve nesse novo julgado as razões manifestadas naquela outra ocasião, acrescentando outras para negar o privilégio à estatal alagoana. Ainda não houve o julgamento colegiado do recurso extraordinário, cujo agravo regimental pende de apreciação.

Ele entende possível a penhora, porque direcionada contra uma pessoa jurídica de direito privado, que não integra a Fazenda Pública e, logo, não pode ter direito à execução imprópria pela via dos precatórios. Em seu raciocínio, é indiferente a circunstância de a estatal prestar serviço público para o fim de determinar a impenhorabilidade de seus bens. Contudo, a tendência decisória que vem sendo manifestada pelo STF é justamente a contrária, a de usar a distinção entre empresas estatais de atividade econômica e prestadoras de serviço público para afirmar, somente para essas, o privilégio da impenhorabilidade de bens.

Sua decisão também argumenta que os julgados anteriores do STF apenas garantem a execução por meio de precatórios para uma empresa pública, inexistindo casos envolvendo sociedades de economia mista. Esse argumento também foi por ele

lançado no julgamento do **Caso Metrô-SP (2005)**, ali com a finalidade de manter a penhora, mas não foi considerada relevante pelo Plenário, que se centra na constatação de a empresa ser estatal de serviço público, independentemente da composição de seu capital social. Essa conduta da corte ocorreu também nos julgamentos do **Caso ELETRONORTE (2008)** e do **Caso CARHP-AL (2009)**, quando a circunstância de estarem envolvidas sociedades de economia mista não foi impeditiva para a afirmação do privilégio da impenhorabilidade de bens.

O Min. Relator ainda considerou que incidia na hipótese o artigo 173 da Constituição, tendo por aplicável a norma que sujeita as estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas e lhes proíbe a fruição de privilégios. Esse argumento foi expressamente afastado pelo Plenário no julgamento do **Caso ECT (2000)**, numa orientação que foi reafirmada nas outras ocasiões em que o STF concedeu privilégios para estatais de serviço público.

Mais um fato que demonstra ser essa decisão desviante da tendência de afirmação dos privilégios das estatais de serviços públicos, mas sem enfraquecê-la, é o próprio julgamento do **Caso CASAL-AL (2009)**. Tratava-se de recurso extraordinário envolvendo idêntico problema, originário da mesma vara da Justiça Federal. Ao ser julgado monocraticamente pela Min.^a Rel.^a Ellen Gracie, foi provido para conceder o privilégio à estatal. Diante do agravo regimental interposto pela União, a 2^a Turma manteve o privilégio, considerando que o **Caso CASAL-AL (2007)** não desconstituiu o entendimento consolidado do STF, referindo-se à tendência de afirmação dos privilégios às estatais de serviços públicos a partir do julgamento do **Caso ECT (2000)**.

A consequência imediata da afirmação do privilégio da impenhorabilidade de bens para aquelas empresas estatais é a da proteção integral do seu patrimônio. Ao considerar que não é possível a constrição judicial de determinado bem da empresa por se tratar de estatal de serviço público, o STF empregou um critério subjetivo de julgamento que tem por efeito garantir a impenhorabilidade para quaisquer de seus bens. Trata-se de consequência direta do fundamento usado pelo tribunal para decidir tais casos.

A consequência mediata dessa jurisprudência é a criação de um incentivo para que outras empresas estatais, em cujas atividades se encontrem as que possam ser consideradas como próprias de serviços públicos, busquem no poder judiciário a constituição do privilégio da impenhorabilidade para os seus bens. Tais empresas poderão alegar a identidade de situação com as estatais que já obtiveram a

impenhorabilidade, sustentando que há uma proteção constitucional à constrição judicial de seus bens. Assim, a postura do STF de afirmar o privilégio para algumas empresas estatais de serviços públicos induz à expansão do universo de estatais que a ele terão direito.

A jurisprudência estudada manifesta a extensão de uma prerrogativa do Estado para aquelas empresas estatais de serviços públicos. Ao utilizar um critério subjetivo de julgamento para conceder o privilégio da impenhorabilidade de bens, o STF reconhece que as empresas estatais de serviços públicos, que são pessoas de direito privado, têm direito a uma proteção especial que o ordenamento jurídico confere às pessoas de direito público (art. 100 da CF/88 e art. 730 do CPC). Assim iguala, quanto à impenhorabilidade de bens, os regimes jurídicos das pessoas de direito público e das pessoas estatais de direito privado prestadoras de serviço público.

b) Imunidade tributária recíproca

b.1) A imunidade tributária recíproca como privilégio

As pessoas políticas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – estão constitucionalmente autorizadas a instituir certos tributos, de acordo com uma repartição de competências que tem em vista o equilíbrio federativo. Ao mesmo tempo em que a Constituição permite a imposição de obrigações tributárias, ela também delimita espaços negativos de tributação. Há, então, um plexo de normas constitucionais que define as esferas de *competência tributária* das pessoas políticas, autorizando-a em certas hipóteses e vedando-a em outras. Quando a Constituição impedir que as pessoas políticas tributem determinada pessoa, estar-se-á diante de uma imunidade tributária.¹⁸²

Há imunidade tributária quando a Constituição veda às pessoas políticas instituírem impostos que incidam sobre o patrimônio, a renda ou os serviços, uns dos outros (CF/88, art. 150, VI, a).¹⁸³ Trata-se da *imunidade tributária recíproca*, explicada

¹⁸² Paulo de Barros Carvalho assim conceitua a imunidade tributária: “Recortamos o conceito de imunidade tributária, única e exclusivamente, com o auxílio de elementos jurídicos substanciais à sua natureza, pelo que podemos exibi-la como a classe *finita e imediatamente determinável* de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, *de modo expresso*, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem *situações específicas e suficientemente caracterizadas*.” (*Curso de Direito Tributário*. 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003; pág. 181, grifei).

¹⁸³ Assim redigido: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;”.

pela própria opção constitucional pela forma federativa de Estado (art. 18, *caput*).¹⁸⁴ Ao mesmo tempo em que propiciou autonomia para os entes federativos, a Constituição concebeu uma série de mecanismos para garantir que a convivência entre eles fosse harmônica, entre os quais encontra-se a imunidade tributária recíproca. Sua premissa está em que a possibilidade de tributação de uns pelos outros traria conflitos federativos e desequilíbrios financeiros, que se pretendeu evitar com a prescrição de uma incompetência tributária nessa hipótese.

A própria Constituição estendeu a imunidade tributária de impostos das pessoas políticas às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, quanto ao patrimônio, rendas e serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, § 2º).¹⁸⁵ É preciso notar que a imunidade para essas pessoas – autarquias, fundações de direito público e fundações governamentais de direito privado – decorre de regra expressa da Constituição.

Além disso, a Constituição ainda fixou ressalvas quanto à caracterização da imunidade tributária recíproca, admitindo que as pessoas políticas tributem umas às outras e às respectivas autarquias e fundações, sobre: i) o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados; ii) o patrimônio, a renda e os serviços em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário (art. 150, § 3º).¹⁸⁶ Trata-se, assim, de norma que autoriza a tributação em tais hipóteses, ainda que as atividades econômicas e os serviços públicos econômicos sejam desenvolvidos por tais pessoas, quando não existirá imunidade tributária recíproca. Então, para as situações de exploração de atividade econômica e de prestação de serviços públicos econômicos, que são aquelas em que há contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, a Constituição confere competência tributária às pessoas políticas, mesmo quando as pessoas tributadas sejam as outras pessoas políticas, suas autarquias e fundações.

¹⁸⁴ Que tem a seguinte redação: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

¹⁸⁵ Nos seguintes termos: “§ 2º - A vedação do inciso VI, ‘a’, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.”

¹⁸⁶ Do seguinte modo: “§ 3º - As vedações do inciso VI, ‘a’, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.”

Deve ser percebido que o critério empregado pela Constituição para definir a competência tributária dos entes federativos é misto, ora subjetivo, para resguardar da tributação as pessoas que arrolou, ora objetivo, para possibilitar a tributação sobre as atividades econômicas e os serviços públicos econômicos. A proteção especial é concedida propriamente para quem tem capacidade de tributar – as pessoas políticas – como forma de evitar atritos federativos, e estendida, pela própria Constituição, para as autarquias, fundações de direito público e fundações governamentais de direito privado. O texto constitucional restringe a imunidade recíproca para essas pessoas, com a ressalva de que poderão ser tributadas quando desenvolverem atividades econômicas ou prestarem serviços públicos econômicos.

É preciso enfatizar que só há imunidade tributária para as pessoas arroladas no texto constitucional. Como as imunidades tributárias são normas que fixam a incompetência das pessoas políticas, sua previsão deve ser, necessariamente, constitucional. E só podem ser consideradas como hipóteses de incompetência tributária aquelas que estejam explicitadas na Constituição, inexistindo hipóteses implícitas de imunidade. Além disso, as situações imunizadas já estão específica e suficientemente caracterizadas na própria Constituição.¹⁸⁷

Deste modo, não são válidas hipóteses de imunidade tributária que não estejam explícitas no texto constitucional, sendo equivocadas as interpretações que criam novas hipóteses a partir de interpretação constitucional. Como norma de incompetência, que define um espaço negativo de atuação legiferante dos entes federativos, a imunidade

¹⁸⁷ Paulo de Barros Carvalho afirma: “O sistema jurídico positivo é formado, consoante já vimos, de regras de conduta e de regras de estrutura. As últimas, também denominadas normas de produção, de formação ou de transformação de outras normas, assumem extraordinária importância para a configuração do direito posto, e entre elas é que vamos encontrar os preceitos de imunidade. (...) As manifestações normativas que exprimem as imunidades tributárias se incluem no subdomínio das sobrenormas, metaproposições prescritivas que colaboram, positiva ou negativamente, para traçar a área de competência das pessoas titulares de poder político, mencionando-lhes os limites materiais e formais da atividade legiferante. (...) Além disso, salientamos que o espaço freqüentado por tais normas é o patamar hierárquico da Constituição Federal, porquanto lá é que estão depositadas as linhas definidoras da competência tributária, no direito positivo brasileiro. (...)”. Após anunciar o seu conceito de imunidade tributária, o autor explora os seus elementos: “*É uma classe finita e imediatamente determinável.* A cláusula é relevante para demonstrar que as imunidades tributárias são somente aquelas explicitadas na Carta Magna, compondo um grupo de elementos que, a qualquer momento, pode ser determinado nas suas várias unidades. A finitude é um traço diferencial importante, se levarmos em conta a infinitude própria das proibições implícitas. (...) *E que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno.* É imperioso que o modal deôntico do comando constitucional denuncie uma proibição inequívoca, dirigida aos legisladores infraconstitucionais e tolhendo-os no que tange à emissão de regras jurídicas instituidoras de tributos. (...) *Para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.* (...) Para que fique delineado integralmente o perfil do instituto, cabe observar a necessidade premente de que a situação esteja tipificada, de tal arte que nenhum outro expediente seja preciso para sua perfeita identificação no mundo factual.” (*Ob. Cit.*; págs. 180 a 183, grifos do original).

tributária deve ser compreendida da forma como explicitada no texto constitucional, sendo descabidas as interpretações que inovam na configuração de hipóteses que seriam implícitas a ele. Interpretações que instituem novas situações de imunidade e incluam entre suas beneficiárias pessoas que já não estejam explicitadas no texto constitucional devem ser tidas por inconstitucionais, por interferirem na caracterização de uma norma de competência tributária, reduzindo o seu âmbito sem a realização de processo formal de mudança da Constituição.

Neste contexto, o reconhecimento da imunidade tributária a certas empresas estatais representa um privilégio. As empresas estatais não estão compreendidas na dicção do artigo 150, VI, *a* e seu § 2º, que só abarca as pessoas políticas, suas autarquias e as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, por definição constitucional expressa. As empresas estatais não foram beneficiadas pelo preceito constitucional, e ato jurídico que lhes propicie a fruição do direito à imunidade tributária estende uma prerrogativa do Estado, instituindo para elas uma vantagem diante das empresas do setor privado. Ao assim proceder, o STF realiza uma equiparação das empresas estatais de serviços públicos com as autarquias, incluindo novos sujeitos no rol constitucional de beneficiários da imunidade tributária recíproca, numa interpretação que é contrária à Constituição.

A circunstância de haver prestação de serviço público é constitucionalmente irrelevante para a concessão da imunidade tributária. A única relação que a Constituição estabelece entre serviços públicos e a imunidade tributária recíproca é a da sua não caracterização quando houver prestação de serviços públicos em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, prescrevendo a possibilidade de as pessoas políticas cobrarem impostos nessa hipótese (art. 150, § 3º). Não é possível retirar do texto constitucional a caracterização da imunidade tributária recíproca na prestação de serviços públicos econômicos. Pelo contrário, nesse caso a Constituição expressamente determina que não há imunidade recíproca. Deste modo, a concessão desse privilégio para as empresas estatais de serviços públicos é realizada contra regra constitucional expressa.

A característica de privilégio é ressaltada pela impossibilidade de extensão da imunidade tributária para as empresas do setor privado prestadoras de serviço público. Tendo a Constituição definido as pessoas protegidas pela imunidade recíproca, não é possível sustentar que as concessionárias do setor privado poderiam dela usufruir. Além disso, mesmo as pessoas que foram albergadas pela regra da imunidade recíproca não

poderão dela usufruir quando desempenharem serviços públicos tarifados, que também podem ser realizados pelas empresas do setor privado que são concessionárias. Não é possível, no sistema constitucional, que essa proteção especial seja concedida para qualquer empresa do setor privado, independentemente de ela prestar um serviço público.

O reconhecimento da imunidade tributária recíproca tem como consequência a vedação a que os entes federativos exerçam sua competência impositiva sobre as empresas estatais privilegiadas. Assim, a estatal que obtiver o privilégio ficará protegida da tributação sobre seu patrimônio, renda ou serviços, que as outras pessoas políticas (excluída a que for a sua controladora) pretendam instituir.

O privilégio da imunidade tributária recíproca para as empresas estatais de serviços públicos foi inicialmente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do **Caso ECT (2004)**, tendo sido reafirmado nas decisões do **Caso CAERD-RO (2007)**, do **Caso INFRAERO (2007)** e do **Caso COHAB-AC (2009)**. Com tais decisões, o STF dá continuidade à tendência de afirmação de privilégios pelo critério subjetivo, iniciada pela jurisprudência relativa ao privilégio da impenhorabilidade de bens. A atribuição do privilégio é feita diretamente contra o texto constitucional, que não protege as empresas estatais e expressamente impede a caracterização da imunidade recíproca quando há prestação de serviços públicos tarifados. Nos julgados de imunidade tributária, o STF constituiu o privilégio para empresas estatais que considerou como prestadoras de serviço público, as quais foram equiparadas às autarquias. A conclusão não é afetada pela ausência de afirmação do privilégio no julgamento monocrático do **Caso Casa da Moeda do Brasil (2009)**. Ao reconhecer a repercussão geral do **Caso dos hospitais federais (2008)**, o STF indicou que o seu julgamento fixará parâmetros para a utilização da forma empresarial para a prestação de serviços de saúde.

b.2) O Caso ECT (2004)

Em junho de 2004, no julgamento de um novo caso envolvendo a ECT, o STF concedeu-lhe o privilégio da imunidade tributária recíproca das pessoas políticas quanto aos impostos.¹⁸⁸ A empresa pública federal alegava que a decisão anterior do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em processo de execução fiscal que lhe era movido pelo

¹⁸⁸ Recurso Extraordinário 407.099/RS, Recorrente – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Recorrido – Município de São Borja (2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 22/06/2004).

Município de São Borja (RS) para cobrança de impostos locais, contrariava dispositivos constitucionais. A decisão contestada havia declarado que a ECT não mais gozava de imunidade tributária recíproca, uma vez que a Constituição de 1988 não assegurava “tal privilégio tributário às empresas públicas, abarcando somente autarquias e fundações”, deixando de incidir o artigo 12 do Decreto-lei 509/69.

A estatal argumentou: (i) que o § 2º do artigo 173 da Constituição só aplica às empresas públicas que exploram atividade econômica em regime de concorrência com o setor privado, o que não é o caso da ECT, prestadora de serviço público reservado à União; (ii) que o artigo 12 do Decreto-lei 509/69 foi recepcionado pela Constituição de 1988, conforme entendimento do STF; (iii) que os bens da ECT são bens públicos, e, assim, impenhoráveis e imprescritíveis; (iv) que a ressalva à imunidade tributária recíproca, feita pelo § 3º do artigo 150, só é aplicável aos particulares que prestem serviços públicos; (v) e que a ECT goza da imunidade tributária recíproca, por força da essencialidade do serviço postal.

O STF deu provimento ao recurso extraordinário, por unanimidade. O Min. Relator Carlos Velloso foi o único a expor as razões adotadas para a decisão, tendo a Min.^a Ellen Gracie e o Min. Celso de Mello acompanhado o seu voto sem nenhuma reserva.

O voto do Min. Relator Carlos Velloso reconheceu a violação, pela decisão judicial recorrida, da norma constitucional que estabelece a imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, *a*), a qual considerou abranger a ECT, por ser uma empresa pública prestadora de serviço público. A partir da distinção entre empresas públicas que exercem atividade empresarial das empresas públicas prestadoras de serviços públicos, sustenta que essas têm natureza jurídica de autarquia e, para elas, não tem aplicação a norma emanada do § 1º do artigo 173 da Constituição. Como a ECT é empresa pública prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (art. 21, X, CF/88), ela tem direito a desfrutar da imunidade tributária recíproca, ficando Estados e Municípios impedidos de exercerem sua competência tributária sobre a estatal.

O voto ainda busca refutar que o § 3º do artigo 150 da Constituição possa constituir óbice à concessão da imunidade tributária recíproca à ECT, pela cobrança que a estatal faz de preço ou tarifa do usuário. Na interpretação do dispositivo, afirma-se que o seu destinatário é a “entidade estatal que explore atividade econômica regida pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou

pagamento de preços ou tarifas pelo usuário”. Assim, não seria o caso de aplicá-lo, mas sim da hipótese do § 2º do mesmo artigo 150.

Por fim, o voto afirma que não é relevante a análise da recepção do artigo 12 do DL 509/69 pela Constituição, mas, sim, a de se afirmar que a ECT está abrangida pela imunidade tributária recíproca.

Nos casos semelhantes posteriormente decididos, o STF concedeu a imunidade tributária recíproca à ECT, impedindo que municípios lhe cobrassem impostos de sua competência.¹⁸⁹

Em agosto do mesmo ano, a 2ª Turma julgou improcedente recurso extraordinário movido pela ECT contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.¹⁹⁰ A corte regional havia mantido a cobrança, pelo Município de Imbituba (SC), de taxa de localização e funcionamento, e a ECT levou a causa para a apreciação do STF. A estatal alegou que a decisão contrariava dispositivos constitucionais, entre os quais o artigo 173, que, por não lhe ser aplicável, permitiria que gozasse dos privilégios da Fazenda Pública, inclusive o da imunidade a taxas.

Por unanimidade de votos, o STF rejeitou a pretensão da ECT de expandir o alcance da imunidade tributária recíproca para alcançar as *taxas*. No voto condutor, o Min. Carlos Velloso, após repetir as razões dadas quando da afirmação do privilégio em relação à cobrança de impostos da ECT por município, constatou que a situação envolvia cobrança de taxa, que não estava compreendida na imunidade tributária recíproca (CF/88, art. 150, VI, *a*). Em decisões posteriores da 2ª Turma e em decisões monocráticas, o STF manteve o reconhecimento da imunidade tributária recíproca à

¹⁸⁹ São os seguintes: RE 354.897/RS (2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 17/08/2004), RE 356.122/RS (2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 17/08/2004), RE 398.630/SP (2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 17/08/2004), RE 357.389/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Carlos Britto, j. 18/08/2004), RE 428.821/SP (2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 21/09/2004), RE 241.792/MS (Decisão monocrática do Min. Rel. Carlos Britto, j. 29/11/2004), RE 437.889/RS (2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 14/12/2004), RE 403.555/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 02/02/2005), RE 396.477/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 03/06/2005), RE 399.437/SC (Decisão monocrática do Min. Rel. Carlos Velloso, j. 29/09/2005), AI 533.105/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Cezar Peluso, j. 15/03/2006), RE 418.450/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Celso de Mello, j. 20/06/2006), AI 486.824/PA (Decisão monocrática do Min. Rel. Sepúlveda Pertence, j. 02/04/2007), AC-MC 1.757/DF (Decisão monocrática do Min. Rel. Joaquim Barbosa, j. 08/08/2007), AI 707.112/SP (Decisão monocrática da Min.ª Rel.ª Cármen Lúcia, j. 22/04/2008), AI-AgR 718.646/SP (2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 16/09/2008), AI 454.929/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Joaquim Barbosa, j. 18/11/2008), AI-AgR 690.242/SP (1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/03/2009), RE 570.887/SP (Decisão monocrática do Min. Rel. Carlos Britto, j. 31/08/2009), RE 378.106/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Joaquim Barbosa, j. 19/10/2009), RE 360.680/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Joaquim Barbosa, j. 26/10/2009), RE 363.256/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Dias Toffoli, 28/10/2009), RE 354.784/RS (Decisão monocrática do Min. Rel. Dias Toffoli, j. 01/12/2009).

¹⁹⁰ RE 424.227/SC, Recorrente – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Recorrido – Município de Imbituba (2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 24/08/2004).

ECT restrita aos impostos, recusando-se a proteger a empresa pública federal do pagamento de taxas.¹⁹¹

Ainda em 2004, o STF começou a julgar casos que envolviam a imunidade tributária da ECT a *impostos de competência dos Estados membros*. Em novembro desse ano, o Min. Carlos Britto deu provimento a recurso extraordinário interposto pela empresa pública federal de decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.¹⁹² O acórdão havia negado o reconhecimento da imunidade tributária recíproca para a estatal, com o argumento de que ela possui personalidade de direito privado e que cobra tarifas dos usuários pelos serviços prestados. Com base no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, o Min. Relator deu provimento ao recurso apoiado nos precedentes do STF que concederam a imunidade tributária em casos envolvendo a cobrança de impostos municipais.

A questão da imunidade tributária recíproca envolvendo impostos estaduais teve apreciação colegiada em 2006. Foi quando a 1ª Turma negou provimento a agravo regimental de recurso extraordinário em que o Estado do Paraná buscava a reconsideração de decisão monocrática do Min. Relator Cezar Peluso, a qual havia garantido à ECT a proteção da imunidade tributária recíproca à cobrança de ICMS.¹⁹³

Considerando existir jurisprudência assentada da corte, a partir da afirmação dos privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca à ECT, o acórdão não considerou relevante o argumento do agravante de que o ICMS incidia sobre serviço de transporte intermunicipal e interestadual, que não é exclusivo da ECT, sendo prestado também por empresas do setor privado. Para a turma, por se tratar de imposto, o ICMS é alcançado pela imunidade tributária recíproca. O acórdão também considerou ter ocorrido abuso de poder recursal do Estado do Paraná, pela falta de argumentos relevantes para mudar o entendimento da corte. Em decisões monocráticas, o STF manteve o reconhecimento da imunidade tributária recíproca à ECT quanto aos impostos de competência dos Estados membros.¹⁹⁴

¹⁹¹ São os seguintes: RE 364.202/RS (2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 05/10/2004), RE 502.984/PR (Decisão monocrática do Min. Rel. Celso de Mello, j. 14/08/2007), RE 558.115/SP (Decisão monocrática do Min. Rel. Carlos Britto, j. 31/08/2009).

¹⁹² RE 328.843/MG, Recorrente - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Recorrido – Estado de Minas Gerais (Decisão monocrática do Min. Rel. Carlos Britto, j. 24/11/2004).

¹⁹³ RE-AgR 357.291/PR, Agravante – Estado do Paraná, Agravada – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (1ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 09/05/2006).

¹⁹⁴ São as seguintes: RE 357.291/PR (Decisão monocrática do Min. Rel. Cezar Peluso, j. 28/03/2005); ACO-tutela antec. 797/DF (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 23/08/2005); ACO-tutela antec. 803/SP (Decisão monocrática do Min. Rel. Celso de Mello, j. 30/09/2005); ACO-tutela antec. 851/GO (Decisão monocrática do Min. Rel. Sepúlveda Pertence, j. 04/04/2006); ACO-tutela antec.

O tema da imunidade tributária recíproca da ECT chegou ao Plenário em 2005, quando o STF reconheceu a sua *competência originária* para processar e julgar as causas envolvendo a tributação da empresa pública federal por Estados-membros.¹⁹⁵ Na ocasião, a ECT propôs uma ação cível originária para contestar a cobrança, pelo Estado do Rio de Janeiro, de IPVA da sua frota de veículos.

A partir do voto do Min. Eros Grau, a linha vencedora formou-se em torno do argumento de que a imunidade tributária recíproca é uma condição essencial da federação, de forma que as causas dela derivadas atraem a competência originária que a Constituição estabelece no artigo 102, inciso I, alínea *f*.¹⁹⁶ Foi vencida a linha sustentada pelo até então relator, Min. Marco Aurélio, de que a ECT, como pessoa jurídica de direito privado, não poderia acessar originariamente o STF por meio dessa competência constitucional. Argumentou também pela ausência de risco federativo, no que teve o apoio do Min. Carlos Velloso.

Em 2006, o então Presidente do STF, Min. Nelson Jobim indeferiu o pedido do Estado da Bahia de suspensão de execução de liminar concedida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região para a ECT, que havia garantido à estatal a ausência do dever de pagamento do IPVA.¹⁹⁷ O Estado havia visualizado risco à economia e à ordem pública na decisão do Tribunal Regional Federal, pelo prejuízo as suas receitas que decorreriam da ausência do recolhimento de IPVA. Com base em precedentes do tribunal sobre a imunidade tributária, o ministro considerou que o Estado não tinha direito à receita respectiva, recusando o seu pedido.

959/RN (Decisão monocrática do Min. Rel. Sepúlveda Pertence, j. 01/11/2006); RE 528.770/PE (Decisão monocrática do Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 22/08/2007); ACO-tutela antec. 958/DF (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 03/10/2007); ACO-tutela antec. 1095/GO (Decisão monocrática do Min. Rel. Carlos Britto, j. 21/11/2007); ACO-tutela antec. 1.226/GO (Decisão monocrática do Min. Rel. Cezar Peluso 11/11/2008); RE 460.198/RS (Decisão monocrática da Min. Rel. Cármen Lúcia, j. 27/08/2008); ACO-tutela antecipada 1.225/GO (Decisão monocrática do Min. Rel. Menezes Direito, j. 11/09/2008); ACO 1.331/GO (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 26/03/2009); ACO-tutela antec. 1.259/GO (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 05/05/2009); ACO 797/DF (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 29/09/2009); ACO 888/MT (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 29/09/2009); ACO 1.259/GO (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 30/09/2009); ACO 1.428/RJ (Decisão monocrática do Min. Rel. Cármen Lúcia, j. 15/10/2009).

¹⁹⁵ Questão de Ordem na Ação Cível Originária 765/RJ, Autora – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Réu – Estado do Rio de Janeiro (Plenário, Relator para o acórdão Min. Eros Grau, j. 01/06/2005).

¹⁹⁶ Que tem a seguinte redação: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) *f*) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;”.

¹⁹⁷ Suspensão de Tutela Antecipada 60/BA, Requerente – Estado da Bahia, Requerido – Relator do Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.012687-5 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Interessada – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Decisão monocrática do Min. Presidente Nelson Jobim, j. 07/03/2006).

Também em 2006, o Plenário julgou três agravos regimentais idênticos entre si, em que a ECT recorria de decisões monocráticas do Min. Marco Aurélio, as quais indeferiam os pedidos de tutela antecipada em ações cíveis originárias para que os Estados membros do Rio de Janeiro, do Paraná e do Piauí se abstivessem de adotar quaisquer medidas sancionatórias relacionadas ao não pagamento de IPVA. Os três recursos foram providos, por maioria de votos.¹⁹⁸

Na linha vencida, o Min. Marco Aurélio, além de não visualizar a presença dos requisitos necessários à antecipação de tutela, ressaltou a existência de vedação constitucional à imunidade tributária recíproca quando há exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados ou quando haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, considerando aplicável o § 3º do artigo 150 da Constituição. O Min. Ricardo Lewandowski manifestou sua preocupação com a realização, pela ECT, de atividades econômicas em concorrência com a iniciativa privada, o que o levou a negar provimento aos agravos.

Na linha vencedora, o Min. Joaquim Barbosa destacou que a ECT realiza a prestação de serviços postais e de correio aéreo nacional, os quais a Constituição considera como de manutenção obrigatória pela União. Essa realização de atividades públicas de incumbência da União faz com que a imunidade tributária recíproca se estenda à ECT, por dois motivos: de um lado, a eficiência das atividades públicas não pode ser comprometida pela tributação; de outro, ao proteger as atividades públicas da União, a imunidade tributária recíproca preserva a própria forma federativa de Estado. Deste modo, a imunidade recíproca se justifica pelo fato de a ECT prestar serviços públicos de prestação obrigatória, que se diferenciam daqueles de índole econômica. Sobre o exercício desses pela empresa pública federal, pondera que o alcance da imunidade recíproca merece reflexão da corte, devendo ser avaliada no julgamento do mérito.

A questão do *âmbito da proteção ao patrimônio* da ECT surgiu em diversos acórdãos, tendo sido resolvida pelo Plenário em 2009. Na ocasião, o STF julgou procedente a ação cível originária proposta pela ECT com o objetivo de afastar a

¹⁹⁸ São os seguintes: ACO-tutela antecipada-AgR 765/RJ, Agravante – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Agravado – Estado do Rio de Janeiro (Tribunal Pleno, Relator para o Acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 05/10/2006); ACO-tutela antecipada-AgR 814/PR, Agravante – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Agravado – Estado do Paraná (Tribunal Pleno, Relator para o Acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 05/10/2006); e ACO-tutela antec.-AgR 789/PI, Agravante – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Agravado – Estado do Piauí (Tribunal Pleno, Relator para o Acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 05/10/2006).

cobrança, pelo Estado do Rio de Janeiro, do IPVA sobre a sua frota de veículos, assim como a possibilidade de imposição de sanções decorrentes do não pagamento do imposto.¹⁹⁹ Estava envolvido o problema do alcance da imunidade tributária recíproca, o que foi enfatizado pelo Estado, que sustentava não existir nenhuma indicação de que os veículos em relação aos quais a ECT não pagava o IPVA seriam afetados ao serviço postal, e, portanto, poderiam ser usados para a realização de atividades econômicas.²⁰⁰ O resultado se deu por maioria, tendo sido parcialmente vencido o Min. Joaquim Barbosa, e vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Liderando a linha vencedora, o Min. Menezes Direito considerou que a imunidade tributária recíproca que o STF reconhece à ECT cobre todo o seu patrimônio, pela circunstância de ser empresa pública “constituída única e exclusivamente” para a prestação dos serviços postal e de correio aéreo nacional (CF/88, art. 21, X). Adotando a distinção das empresas estatais conforme a sua atuação, considera que a ECT é uma empresa pública prestadora de serviço público, e por isso possui natureza autárquica.²⁰¹ Daí que se encontra abrangida na previsão constitucional de imunidade tributária recíproca para as autarquias (art. 150, § 2º), mas não se lhe aplicam as disposições do artigo 173 e nem as do § 3º do artigo 150 da Constituição.

O Min. Carlos Britto agregou razões à linha vencedora ao sustentar que a Constituição separa os serviços dos Correios dos demais serviços públicos da União (art. 21, XI e XII) por causa de sua importância para a concretização dos princípios constitucionais da preservação do sigilo da correspondência, da privacidade e da integração nacional. Sustenta que, ao empregar o verbo “manter”, a Constituição indicou a essencialidade dessas atividades públicas, das quais a União não pode se desfazer e deve prestar continuamente. Considera que a extensão da imunidade tributária recíproca à ECT é natural, porque ela nada mais é do que um prolongamento

¹⁹⁹ ACO 765/RJ, Autor - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Réu – Estado do Rio de Janeiro (Tribunal Pleno, Rel. para o Acórdão Min. Menezes Direito, j. 13/05/2009).

²⁰⁰ O STF já havia se deparado, em diversas ocasiões, com esta questão, mas ainda não havia resolvido-a. Isso ocorreu no seguintes casos: ACO-tutela antecipada 790/SC (Decisão monocrática do Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 27/09/2005), ACO-tutela antecipada 811/DF (Decisão monocrática do Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 29/09/2005), ACO-tutela antecipada 819/SE (Decisão monocrática do Min. Rel. Sepúlveda Pertence, j. 08/11/2005), ACO-tutela antecipada 818/AM (Decisão monocrática do Min. Rel. Sepúlveda Pertence, j. 10/11/2005), ACO-tutela antecipada 919/PA (Decisão monocrática da Min.^a Rel.^a Cármen Lúcia, j. 31/08/2006), ACO-AgR 811/DF (Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26/04/2007), ACO 959/RN (Plenário, Rel. para o Acórdão Min. Menezes Direito, j. 17/03/2008), ACO-MC-AgR 1095/GO (Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/03/2008), ACO 919/PA (Decisão monocrática da Min.^a Rel.^a Cármen Lúcia, j. 22/10/2008), ACO 790/SC (Decisão monocrática da Min.^a Ellen Gracie, j. 02/03/2009), RE 575.742/CE (Decisão monocrática da Min.^a Rel.^a Cármen Lúcia, j. 01/04/2009), ;

²⁰¹ O ministro chega a se referir às estatais de serviços públicos como “as empresas públicas de natureza autárquica”.

necessário da União para manter o serviço postal. Defende que o reconhecimento da imunidade recíproca à ECT contribui para a modicidade das tarifas que são cobradas dos usuários, porque quando uma empresa pública obtém lucro, ela o faz como meio para continuar prestando os serviços, para onde ele deve ser revertido, diferentemente da empresa privada, onde o lucro é o próprio fim da exploração da atividade econômica.

Sustentando uma linha intermediária, que não foi acolhida pelo Plenário do STF, o Min. Joaquim Barbosa julgou a ação parcialmente procedente, para reconhecer a tributação sobre as atividades econômicas exploradas pela ECT. Assim, somente estaria compreendido no âmbito da imunidade tributária recíproca o patrimônio da empresa pública federal efetivamente “afetado ao serviço eminentemente postal”. Ele identifica uma natureza “anfibiológica” na ECT, porque ela ora atua como empresa estatal, ora opera como empresa privada, sendo que nessa hipótese ela deveria estar sujeita à tributação.

Compuseram a linha vencida o Min. Marco Aurélio e o Min. Ricardo Lewandowski, cujas razões para julgar improcedente a ação foram rejeitadas pelo Plenário. Foram dois argumentos sustentados pelos julgadores. O primeiro, de que a ECT é uma pessoa jurídica de direito privado que explora atividade econômica, o que repele a proteção da imunidade tributária recíproca concedida às pessoas políticas, uma vez que ela não pode ser confundida com a União. O segundo, de que a imunidade tributária representaria privilégio que a Constituição vedou ao Estado quando explorar atividade econômica (art. 173, § 2º).

As decisões posteriores do STF mantiveram a extensão da imunidade tributária recíproca para todo o patrimônio da ECT.²⁰²

Ainda em 2009, o STF reconheceu a presença de repercussão geral em recurso extraordinário interposto pela ECT de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual restringiu o reconhecimento da imunidade tributária recíproca aos serviços tipicamente postais.²⁰³ Garantiu, assim, que o Município de Curitiba pudesse cobrar ISS dos serviços não abarcados pelo monopólio da União, que são aqueles que podem ser realizados também por empresas do setor privado, conforme definido pelo próprio STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

²⁰² São os seguintes julgados: ACO 818/AM (Decisão monocrática do Min. Rel. Menezes Direito, j. 14/05/2009), ACO 819/SE (Decisão monocrática do Min. Rel. Menezes Direito, j. 18/05/2009), RE 522.449/CE (Decisão monocrática da Min. Rel. Ellen Gracie, j. 14/09/2009), AI-AgR 748.076 (1ª Turma, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 20/10/2009).

²⁰³ Trata-se do acórdão RE-RG 601.392/PR, Recorrente – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Recorrido – Município de Curitiba (Plenário Virtual, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12/11/2009).

46/DF. A partir da manifestação do Min. Relator Joaquim Barbosa, foi reconhecida a relevância constitucional da matéria, justamente por delimitar o alcance da imunidade tributária da ECT, que repercute nos domínios da concorrência e da livre iniciativa. Ele também considerou que a decisão do recurso transcenderá os limites individuais da causa, “pois irá servir de parâmetro para todas as entidades cujas atividades constantemente oscilam entre a prestação de serviço público, sem nota de capacidade contributiva, e a atuação econômico-lucrativa, própria dos agentes de mercado”.

b.3) O Caso CAERD-RO (2007)

Em 2007, a Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia – CAERD foi ao STF para contestar decisões do Tribunal de Justiça local que obrigavam-na ao pagamento de impostos municipais. Como os recursos extraordinários não foram admitidos na origem, a estatal propôs ações cautelares no STF para a obtenção do efeito suspensivo.

Inicialmente o pedido foi recusado em decisão monocrática do Min. Carlos Britto, que considerou prematuro o ajuizamento da ação cautelar, uma vez que já havia agravo de instrumento sendo processado, o qual poderia levar ao recebimento do recurso extraordinário.²⁰⁴ Seguindo a jurisprudência processual da corte, negou seguimento à medida cautelar, deixando de conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

Mas, apenas quatro dias depois, a 2ª Turma concedeu medida cautelar em outra ação cautelar, suspendendo os efeitos de acórdão da Justiça rondoniense que condenava a estatal à inscrição em dívida ativa, em decorrência do não pagamento de IPTU ao Município de Guajará Mirim.²⁰⁵ Considerando que havia perigo de dano irreparável ou de difícil reparação pela cobrança dos débitos tributários e a inscrição da estatal na dívida ativa, bem como a plausibilidade jurídica do pedido, o STF deferiu a medida cautelar.

O voto do Min. Relator Gilmar Mendes compreendeu existir a plausibilidade jurídica do pedido na contrariedade da decisão impugnada à jurisprudência do STF. Citando o **Caso ECT (2004)**, considerou que a CAERD, como sociedade de economia mista estadual prestadora do serviço de saneamento básico, é prestadora de serviço público e, por isso, tem direito à imunidade tributária recíproca, sendo-lhe aplicável o §

²⁰⁴ AC 1.551/RO, Requerente – Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia – CAERD, Requerido – Município de Ji-Paraná (Decisão monocrática do Min. Carlos Britto, j. 02/02/2007).

²⁰⁵ AC 1.550/RO, Requerente – Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia – CAERD, Requerido – Município de Guajará Mirim (2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/02/2007).

2º, e não o § 3º, do artigo 150 da Constituição. Como prestadora de serviço público, a CAERD distingue-se das empresas estatais que atuam como instrumento de participação do Estado na economia.

O julgado representou a alteração de jurisprudência da Corte quanto à possibilidade de concessão de efeito suspensivo ativo a recurso extraordinário, quando não tenha sido admitido pelo tribunal *a quo* e o recurso ainda não tenha chegado à jurisdição do STF, em virtude de pendência de julgamento de agravo de instrumento daquela decisão. Antes recusado pelo tribunal, o efeito suspensivo passou a ser admitido em situações excepcionais, desde que constatadas a plausibilidade jurídica do pedido – como a decorrente do fato da decisão recorrida contrariar jurisprudência ou súmula do STF – e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação que decorra da execução do acórdão recorrido.

O STF manteve essa interpretação nas demais ações cautelares, cujas medidas cautelares foram concedidas à CAERD.²⁰⁶

Em 2008, o Min. Relator Gilmar Mendes proferiu decisão monocrática que garantiu à CAERD o privilégio da imunidade tributária recíproca quanto aos impostos.²⁰⁷ Ao apreciar agravo de instrumento da decisão do Tribunal de Justiça de Rondônia que negou processamento a recurso extraordinário, o ministro afirmou que o acórdão recorrido contrariou o entendimento do STF de que as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público têm direito à imunidade tributária recíproca em relação aos impostos. Com base no artigo 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, conheceu o recurso extraordinário e lhe deu provimento já no agravo de instrumento, para declarar a imunidade tributária da CAERD quanto a impostos. O julgador considerou configurada a presunção de existência de repercussão geral no recurso

²⁰⁶ São as seguintes: AC-MC 1.549/RO (Decisão monocrática do Min. Rel. Celso de Mello, j. 12/02/2007), AC-MC-QO 1.549/RO (2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/02/2007), AC-MC 1.582/RO (Decisão monocrática do Min. Rel. Joaquim Barbosa, j. 05/03/2007), AC-MC 1.583/RO (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 06/03/2007), AC-MC-QO 1.582/RO (2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13/03/2007), AC-MC 1.570/RO (Decisão monocrática do Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 14/03/2007), AC-QO 1.570/RO (2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/04/2007), AC-MC 1.769/RO (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 27/08/2007), AC-MC 1.771/RO (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 27/08/2007), AC-MC 1.770/RO (Decisão monocrática do Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 05/09/2007), AC-MC 1.772/RO (2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/09/2007), AC-AgR 1.551/RO (2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/09/2007), AC-QO 1.770/RO (2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/09/2007), AC-QO 1.772/RO (2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/10/2007), AC-QO 1.851/RO (2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 17/06/2008).

²⁰⁷ Agravo de Instrumento 686.611/RO, Agravante – Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia – CAERD, Agravado – Município de Pimenta Bueno (Decisão monocrática do Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 04/04/2008).

extraordinário, por haver contrariedade ao entendimento fixado pelo STF, o que lhe permitiu julgar a demanda (CPC, art. 543-A, § 3º).²⁰⁸

Em 2009, a Min.^a Relatora Ellen Gracie julgou que não havia descumprimento de decisão do STF no envio, pelo Município de Porto Velho, de cobranças de IPTU à CAERD.²⁰⁹ A Ministra sustentou que a decisão do STF não permite que o crédito tributário seja cobrado, mas não veda seu lançamento, com o objetivo de evitar a sua decadência.

b.4) O Caso INFRAERO (2007)

Também em 2007, o STF concedeu o privilégio da imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, protegendo-a do pagamento de imposto municipal. O Município de Salvador teve negado o provimento a recurso extraordinário em que contestava a imunidade tributária recíproca da empresa pública federal, declarada em acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que o impedia de cobrar-lhe ISS.²¹⁰ Interposto o agravo regimental, a 2ª Turma, por unanimidade, negou-lhe provimento, a partir do voto do Min. Relator Celso de Mello.²¹¹

O Município alegou que a INFRAERO se qualificava como empresa governamental exploradora de atividade econômica, executando atividades econômicas estranhas à administração de infraestrutura aeroportuária, e que por isso deveriam ser aplicados o artigo 150, § 3º e o artigo 173, §§ 1º e 2º da Constituição. Levantou, desse modo, o problema da pertinência da imunidade tributária recíproca da INFRAERO a atividades que não estão compreendidas no âmbito dos serviços públicos titularizados pela União.

O acórdão afirma que a INFRAERO presta serviços públicos que a Constituição atribuiu à União em regime de monopólio (CF/88, art. 21, XII, c).²¹² Considerando

²⁰⁸ Que assim dispõe: “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (...) § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.”

²⁰⁹ AC 1.851/RO, Requerente – Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia – CAERD, Requerido – Município de Porto Velho (Decisão monocrática da Min.^a Rel.^a Ellen Gracie, j. 26/05/2009).

²¹⁰ RE 363.412/BA, Recorrente – Município de Salvador, Recorrida – Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO (Decisão monocrática do Min. Rel. Celso de Mello, j. 21/03/2007).

²¹¹ RE-AgR 363.412/BA, Agravante – Município de Salvador, Agravada - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO (2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07/08/2007).

²¹² Assim redigido: “Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;”.

juridicamente possível e constitucionalmente legítimo que a União outorgue a prestação dos serviços a uma empresa estatal integrante de sua administração indireta, defende que a ela seja estendida a imunidade tributária recíproca quanto aos impostos. Sustenta que, como condição de preservação do sistema federativo, a imunidade tributária recíproca impede que o Município cobre impostos da empresa pública federal prestadora de serviço público, como o STF reconheceu no **Caso ECT (2004)**. Por se qualificar como estatal de serviço público que não concorre com as empresas privadas, não são aplicáveis à INFRAERO os dispositivos constitucionais suscitados pelo agravante, nem mesmo quando a estatal realiza atividades-meio necessárias ao custeio e à realização das finalidades para as quais foi instituída.

Em outros recursos extraordinários envolvendo a INFRAERO, o STF sempre afastou a cobrança de ISS pelos municípios.²¹³ Na esteira dessa jurisprudência, também negou ao Município do Rio de Janeiro a possibilidade de cobrança de IPTU da INFRAERO.²¹⁴

Além de se valer da competência recursal do STF, a INFRAERO também se utilizou da competência originária da corte, propondo ações cíveis originárias para a declaração de imunidade tributária recíproca em relação à cobrança de ISS por municípios e pelo Distrito Federal.

Com base no art. 102, I, *f* da Constituição, o STF conheceu de ação proposta pela INFRAERO contra o Distrito Federal, e concedeu antecipação parcial de tutela para suspender a cobrança e a exigibilidade do ISS.²¹⁵

Em outras três ações cíveis originárias nos quais a INFRAERO buscava o reconhecimento da imunidade tributária recíproca contra a cobrança de ISS por municípios, o STF, inicialmente, concedeu-lhe a tutela antecipada.²¹⁶ Contudo, em duas

²¹³ RE 473.933/PR, Recorrente – Município de São José dos Pinhais, Recorrida - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO (Decisão monocrática do Min. Celso de Mello, j. 23/03/2007); RE 524.615/BA, Recorrente – Município de Salvador, Recorrida - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 07/12/2007); RE 501.639/BA, Recorrente – Município de Salvador, Recorrida - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 23/06/2008); RE-AgR 524.615/BA, Agravante – Município de Salvador, Agravada - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO (2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/09/2008).

²¹⁴ RE 598.322/RJ, Recorrente – Município do Rio de Janeiro, Recorrida - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO (Decisão monocrática do Min. Rel. Celso de Mello, j. 07/05/2009); RE-AgR 598.322/RJ, Agravante – Município do Rio de Janeiro, Agravada - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO (2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/06/2009).

²¹⁵ ACO-MC 1.002/DF, Autora - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, Réu – Distrito Federal (Decisão monocrática do Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 30/10/2007).

²¹⁶ ACO-tutela antecipada 1.295/SP, Autora - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, Réu – Município de São Paulo (Decisão monocrática do Min. Menezes Direito, j.

delas o tribunal reconsiderou sua decisão anterior, tendo em vista que, diante da competência originária para julgar causas e conflitos entre a União e os Estados e o Distrito Federal, não estão abarcados aqueles que envolvem os municípios (CF/88, art. 102, I, *f*). Nesses casos, o tribunal recusou a sua competência originária para apreciar o caso, não conheceu a ação proposta e cassou a antecipação de tutela previamente deferida.²¹⁷

Em uma outra ação cível originária que também envolvia um município, o Min. Relator Marco Aurélio conheceu-a para indeferir a tutela antecipada. A INFRAERO contestava a cobrança que o Município de Ilhéus lhe fazia do ISS, mas o julgador considerou que as empresas estatais, como pessoas jurídicas de direito privado sujeitas ao artigo 173, § 1º, II, não têm direito à imunidade tributária recíproca, que só alcança as pessoas de direito público, nos termos do artigo 150, VI, *a*, ambos da Constituição.²¹⁸

b.5) O Caso dos hospitais federais (2008)

Em outubro de 2008, o STF reconheceu a presença de repercussão geral em recurso extraordinário interposto pelo Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A, o Hospital Cristo Redentor S/A e o Hospital Fêmima S/A. As empresas estatais federais recorreram de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que indeferiu mandado de segurança no qual buscavam o reconhecimento da imunidade tributária recíproca, contra a cobrança de impostos que lhes fazia o Estado do Rio Grande do Sul.²¹⁹ As sociedades de economia mista federais, informando que é irrisória a participação de particulares em seus quadros societários, defenderam que são extensões do poder público na prestação dos serviços de saúde, atendendo pacientes exclusivamente por meio do Sistema Único de Saúde e possuindo receita proveniente de repasses públicos. Diante da sua relevante função social, da ausência de exploração

01/12/2008); ACO-tutela antecipada 1.352/ES, Autora - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, Réu – Município de Vitória (Decisão monocrática do Min. Rel. Joaquim Barbosa, j. 17/03/2009); ACO-tutela antecipada 1.347/DF, Autora - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, Réu – Município de Salvador (Decisão monocrática do Min. Rel. Eros Grau, j. 28/04/2009).

²¹⁷ ACO 1352/ES, Autora - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, Réu – Município de Vitória (Decisão monocrática do Min. Rel. Joaquim Barbosa, j. 23/06/2009); ACO 1.295/SP, Autora - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, Réu – Município de São Paulo (Decisão monocrática do Min. Dias Toffoli, j. 25/02/2010). A terceira ação cível originária é a 1.347/DF, que em 28/02/2010 não havia sido julgada em definitivo, estando os autos conclusos ao Min. Relator Eros Grau.

²¹⁸ ACO 1.363/BA, Autora - Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, Réu – Município de Ilhéus (Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, j. 07/04/2009).

²¹⁹ RE-RG 580.264/RS, Recorrente – Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A, Recorrido – Estado do Rio Grande do Sul (Plenário virtual, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09/10/2008).

econômica da atividade e da vinculação que possuem com o Ministério da Saúde, entendem que têm direito à imunidade tributária recíproca.

Na sua manifestação, o Min. Relator Joaquim Barbosa considerou que a matéria transcendia os interesses subjetivos da causa, estando em jogo, de um lado, a autonomia dos entes federativos na utilização de sociedades de economia mista para a prestação dos serviços de saúde e, de outro, a preservação da livre iniciativa e da livre concorrência pela “proibição de extensão de vantagens à iniciativa pública no campo da exploração exclusivamente econômica e de mercado”, de modo a evitar “o risco de utilização de um benefício próprio do Estado para entidades mais próximas do setor privado”. Desse modo, propõe que interpretação do STF fixe parâmetros que “irão pautar a conduta dos entes federados nas escolhas relativas ao modo de prestação dos serviços, essenciais ou não, que julguem necessários ao bem da coletividade”. Assim, sustentou a existência de repercussão geral.

Também manifestou suas razões de aceitação da repercussão geral o Min. Marco Aurélio, a partir da constatação de que a causa versa sobre o alcance da imunidade tributária recíproca, que é instituto com assento na Constituição. Os demais ministros não explicitaram as razões de reconhecimento da repercussão geral, tendo sido vencido o Min. Menezes Direito.

b.6) O Caso Casa da Moeda do Brasil (2009)

Em fevereiro de 2009, o Ministro Relator Marco Aurélio indeferiu pedido de tutela antecipada formulado em ação cível originária pela Casa da Moeda do Brasil – CMB.²²⁰ A empresa pública federal foi ao STF para obter a declaração de inexigibilidade do ISS, bem como o afastamento das sanções decorrentes do não pagamento do imposto, pelo Município do Rio de Janeiro. Para tanto sustentou ter direito à imunidade tributária recíproca por ser empresa pública federal e por prestar serviços públicos, na linha do que decidido pelo STF no **Caso ECT (2004)**. Defendeu a competência do STF para o julgamento da causa, por estar envolvido conflito federativo na tributação realizada pelo município.

Em sua decisão, o Min. Relator Marco Aurélio recusou-se a examinar a questão da competência do STF, remetendo ao colegiado a decisão sobre a existência de conflito federativo. Apesar de também não apreciar o mérito, ponderou que os precedentes

²²⁰ ACO-tutela antecipada 1.342/RJ, Autora – Casa da Moeda do Brasil – CMB, Réu – Município do Rio de Janeiro (Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, j. 18/02/2009).

envolvem uma outra empresa pública, a ECT, e um outro ente tributante, o Estado do Rio de Janeiro, quanto ao IPVA. Na análise da tutela antecipada, indeferiu-a por considerar que o ISS estava sendo cobrado de uma pessoa de direito privado cujas atividades extravasam “o campo público propriamente dito, vale dizer, a produção e comercialização de outros materiais e serviços compatíveis com a tarefa desenvolvida”.

b.7) O Caso COHAB-AC (2009)

Em setembro de 2009, o Min. Relator Joaquim Barbosa concedeu antecipação parcial de tutela em ação cível originária proposta pela Companhia de Habitação do Acre – COHAB contra a União.²²¹ A estatal acriana pretendia a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária com a União, o que impediria a cobrança dos impostos federais, previstos no artigo 153 da Constituição. Para tanto alegou ser uma sociedade de economia mista, com parcela superior a 99% de suas ações detidas pelo Estado do Acre, que atua como “instrumentalidade estatal na execução do Plano Nacional de Habitação Popular – PLANHAP”, destinado, entre outros objetivos, “à eliminação de favelas, mocambos e outros aglomerados em condições sub-humanas de habitação do Estado”, o que lhe conferiria direito à imunidade tributária recíproca.

O Min. Relator Joaquim Barbosa considerou que, sendo a imunidade tributária recíproca uma garantia própria das entidades políticas, sua proteção pressupõe que a atividade desenvolvida seja uma instrumentalidade estatal caracterizada pela ausência de capacidade contributiva ou pelo risco de utilização de tributos como meio de pressão ou indução direta e injustificada entre entes federados. Afirmou que, por ser uma conformação negativa na competência tributária, com impactos no custeio e na autonomia dos entes federativos, a imunidade recíproca não pode ter aplicação ilimitada e imponderada. Defendeu também que a imunidade recíproca não deve afetar indevidamente as condições de livre concorrência, concedendo exonerações seja às entidades particulares que possuem intuito lucrativo, seja às entidades públicas, quando atuem no livre mercado, o que consistiria em privilégio, em detrimento das demais entidades, públicas ou privadas.

Com base nessas premissas, considerou como atividade estatal de primário interesse público a exploração dos serviços de “planejamento, execução e coordenação, juntamente com os diversos Órgãos do Governo do Estado do Acre, dos programas

²²¹ ACO 1.411/AC, Autora – Companhia de Habitação do Acre – COHAB, Ré – União (Decisão monocrática do Min. Rel. Joaquim Barbosa, j. 02/09/2009).

diretores, projetos e orçamentos, destinados à construção de Conjuntos Habitacionais, na área urbana e rural, visando a eliminação de favelas mocambos e outros aglomerados em condições sub-humanas de habitação do Estado”, e garantiu que as “atividades-meio estritamente vinculadas à finalidade pública” fossem protegidas pela imunidade tributária recíproca. Em sua interpretação, é necessária a “inequívoca vinculação” do patrimônio, da renda e dos serviços protegidos às finalidades essenciais da entidade, como prevê o § 2º do artigo 150 da Constituição, julgando que ela não admite a “declaração abstrata à absoluta insubmissão ao dever fundamental de pagar tributos”. Por isso, a imunidade recíproca não alcança as atividades que não se confundem com os serviços públicos e que podem ser executadas pelos particulares, como “a aquisição, urbanização e venda de terrenos”, o “exercício de atividades de construção civil para si ou para terceiros”, e o “firmar acordos, ajustes e contratos com entidades de direito público e privado, objetivando o incremento, a expansão e o melhoramento dos programas de construção residencial do Estado”.

Assim, concedeu parcialmente a medida liminar para suspender a exigibilidade dos créditos tributários decorrentes dos impostos de competência da União (CF/88, art. 153), “incidentes sobre o patrimônio, a renda e os serviços diretamente vinculados à atividade pública da empresa-autora”.

b.8) Análise do privilégio na jurisprudência do STF

A jurisprudência do STF vem progressivamente criando um regime tributário privilegiado para as empresas estatais de serviço público. Fixado o entendimento de que as empresas estatais de serviço público têm natureza autárquica, o tribunal vem lhes concedendo, a partir do **Caso ECT (2004)**, o privilégio da imunidade tributária recíproca. Por via de equiparação com as autarquias, a corte concede o direito para uma categoria de beneficiários que a Constituição não previu, numa interpretação que contraria a regra constitucional expressa que impede a caracterização de imunidade recíproca quando há prestação de serviços públicos tarifados. Deste modo, além da ECT, a CAERD(RO), a INFRAERO e a COHAB(AC) não podem ser constrangidas ao pagamento de impostos pelas pessoas políticas que não são suas controladoras.

Há, então, uma tendência expansionista de afirmação do privilégio da imunidade tributária recíproca para as empresas estatais que o STF venha a tomar como prestadoras de serviços públicos. Essa tendência é comprovada pelos julgamentos do **Caso ECT (2004)**, que a iniciou, do **Caso CAERD-RO (2007)**, do **Caso INFRAERO**

(2007) e do **Caso COHAB-AC (2009)**, que seguiram-na. Em todos eles, a imunidade recíproca foi concedida após o STF constatar que a empresa estatal envolvida era de serviço público, o que o levou a, naquele primeiro caso, explicitamente caracterizá-la como autarquia, e, nos outros, a implicitamente admitir a equiparação entre as duas figuras administrativas. Assim, tornou-se viável, na lógica das decisões, que aquelas empresas estatais pudessem usufruir uma proteção que o texto constitucional não lhes confere, mas sim às autarquias (art. 150, VI, *a* e § 2º). O uso da distinção entre as empresas estatais conforme a sua atuação teve o efeito de acrescentar uma outra espécie de privilégio às estatais de serviço público, ao permitir que fossem apartadas das de atividade econômica.

O **Caso Casa da Moeda do Brasil (2009)** não mitiga a tendência expansionista identificada. Trata-se de uma decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, cuja posição de abdicar da distinção entre empresas estatais conforme a sua atuação e julgar as questões que envolvem privilégios das empresas estatais somente por meio da sua personalidade de direito privado é isolada na corte. Além disso, a decisão apenas não concedeu a tutela antecipada para a empresa pública federal, o que, se não ocorrer no julgamento definitivo da ação cível originária, ainda poderia ocorrer em sede de agravo regimental, quando haveria a apreciação pelo colegiado.

Contudo, o julgamento poderá ser frustrado na hipótese de os julgadores entenderem que, por se tratar de causa entre uma empresa pública federal e um município, não haveria competência originária do STF para a sua apreciação. Se isso ocorrer, não haverá uma negação do privilégio pela corte, mas apenas a recusa de que ele seja afirmado por meio de competência originária do tribunal. Trata-se de uma questão eminentemente processual, que não contamina a tese, acolhida pela jurisprudência do STF, de que as empresas estatais de serviços públicos têm direito à imunidade tributária recíproca.

Essa mesma razão explica por quê há, dentre os julgamentos que compõem o **Caso INFRAERO (2007)**, duas ações cíveis originárias que não foram conhecidas pelo STF, mesmo após os respectivos ministros relatores terem concedido a tutela antecipada para a estatal federal. Elas não representam uma negação do privilégio da imunidade recíproca, mas apenas a recusa do reconhecimento de competência originária do STF para julgá-las.

A tendência expansionista do privilégio da imunidade tributária recíproca poderá ser novamente avaliada quando ocorrer o julgamento do recurso extraordinário cuja

repercussão geral foi reconhecida na apreciação do **Caso dos hospitais federais (2008)**. A eventual afirmação do privilégio para as estatais federais que prestam serviços de saúde confirmaria a tendência. Ao reconhecer a presença de repercussão geral, o Min. Relator Joaquim Barbosa sugeriu que o STF pode vir a fixar parâmetros que orientarão as pessoas políticas nas escolhas, próprias de política pública, sobre a forma de prestação de serviços de saúde. Como o caso envolve empresas estatais federais que são hospitais, é possível que o STF delibere e decida sobre a viabilidade do uso, pelo Estado, da forma empresarial para a prestação de serviços de saúde.

A admissão das empresas estatais de serviços públicos como beneficiárias da imunidade tributária recíproca, por via de equiparação com as autarquias, é contrária à Constituição, que prevê a competência tributária das pessoas políticas nesta hipótese. As empresas estatais não são beneficiadas pelo texto constitucional, cuja referência é feita, exclusivamente, às pessoas políticas, às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público. Por isso, a interpretação é contrária ao texto constitucional, que deliberadamente excluiu as empresas estatais das entidades estatais beneficiadas com a imunidade tributária recíproca.

O STF realizou uma interpretação constitucional por meio da qual instituiu uma nova categoria de beneficiários da imunidade recíproca, que não constam da regra definida pelo constituinte. Sua leitura pressupõe uma hipótese implícita no texto constitucional, partindo de uma distinção entre as empresas estatais conforme a sua atuação para garantir a imunidade recíproca. A separação de regimes jurídicos garantiu às empresas estatais de serviços públicos a fruição do privilégio, mas a premissa de que seria preciso usar a distinção entre categorias de empresas estatais é tomada de maneira arbitrária, ou seja, sem a manifestação das razões pelas quais ela foi adotada. Discorresse a respeito da qualificação dos serviços desempenhados pela estatal como públicos, mas não se fornece a razão pela qual a imunidade recíproca a elas é devida. Esse vício tem origem no **Caso ECT (2004)**, e se repete no **Caso CAERD-RO (2007)**, no **Caso INFRAERO (2007)** e também no **Caso COHAB-AC (2009)**, ainda que esse último se refira ao exercício de “atividade estatal de primário interesse público” pela empresa estatal.

A circunstância de a estatal ser prestadora de serviço público, que foi considerada decisiva para a concessão do privilégio, não tem relação constitucional consistente com a imunidade recíproca. A Constituição declara não proteger os serviços públicos prestados por empresas estatais da tributação, excluindo da hipótese de

imunidade recíproca o patrimônio, a renda e os serviços em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário (art. 150, § 3º). Assim, permite que os serviços públicos tarifados sejam alvo de impostos, ainda quando prestados pelas pessoas que foram, em suas outras atividades, beneficiadas pela imunidade recíproca. Nesse ponto, a Constituição ressalva da regra da imunidade os serviços públicos econômicos, que são distintos dos serviços públicos que se remuneram pela incidência de taxas (art. 145, II).²²² Esses estão a salvo da tributação, mas aqueles não.

Deste modo, o STF interfere em normas constitucionais de competência tributária, reduzindo o campo de atuação legiferante das pessoas políticas, que ficam impossibilitadas de cobrar impostos das empresas estatais de serviços públicos dos demais entes federativos. Essa criação de nova categoria de beneficiários da imunidade recíproca surge por via de interpretação, sem a realização de processos formais de mudança na Constituição e, logo, sem a participação do Congresso Nacional. Ocorre, desse modo, uma restrição na competência legislativa das pessoas políticas para a instituição de tributos, sem que o poder constituinte derivado delibere e decida para tanto.

Ao empregar um critério subjetivo que tem por beneficiárias da imunidade recíproca as empresas estatais de serviço público, o STF protege todo o patrimônio de tais entidades estatais da tributação por meio de impostos de competência das pessoas políticas que não são suas controladoras. A referência ao serviço público, e a sua identificação nos julgamentos, serviu somente para a caracterização da empresa estatal como de serviço público. Não houve a preocupação do tribunal em discutir a necessidade da ausência de tributação para o serviço público em si, o que exigiria a identificação dos bens e serviços que vinham sendo sujeitos à imposição tributária e a análise de sua afetação ao serviço público em questão.

Além disso, quando foi suscitado o problema da realização, por empresas estatais de serviços públicos, de atividades econômicas, o STF garantiu que a imunidade recíproca as alcançasse. Nessas situações, em que determinado bem é utilizado por tais empresas para a realização de outras atividades, que não podem ser consideradas como próprias dos serviços públicos, pôs-se o problema de saber se prevaleceria a imunidade recíproca, conforme o STF vinha concedendo às estatais envolvidas. E a decisão,

²²² Assim redigido: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;”.

formada pela maioria da corte, foi a de que a imunidade recíproca protege todo o patrimônio das estatais de serviços públicos, até mesmo aquele que possa se considerar como voltado para a realização de atividades-meio dos serviços públicos. Pode-se dizer que o resultado garantiu uma *imunidade irrestrita* ao patrimônio das estatais de serviços públicos.

Essa tendência de proteger a integralidade do patrimônio das estatais de serviços públicos, mesmo quando há bens que estão comprometidos com atividades econômicas, é comprovada pelo **Caso ECT (2004)** e pelo **Caso INFRAERO (2007)**. Naquele, a tese da imunidade irrestrita foi referendada pelo Plenário do STF, e, neste, pela 2ª Turma. Em ambos houve julgamentos definitivos. No **Caso CAERD-RO (2007)**, a questão não chegou a ser colocada, mas o STF protegeu, cautelarmente, todo o patrimônio da sociedade de economia mista estadual da tributação por impostos municipais.

A tendência é mitigada pelo julgamento monocrático do **Caso COHAB-AC (2009)**, em que o Min. Joaquim Barbosa concedeu antecipação parcial da tutela pretendida apenas para proteger da tributação o patrimônio, a renda e os serviços diretamente vinculados à atividade pública, declarando que a imunidade recíproca não alcança as atividades econômicas exploradas pela estatal acriana. Desse modo, a União ficou impedida de lhe cobrar impostos apenas dos bens afetados à atividade pública. Pode-se designar sua tese como a da *imunidade controlada*. Contudo, é de se ressaltar que esse é um entendimento, ao menos por ora, singular desse julgador. Ao defendê-lo em Plenário, na sessão que discutiu a imunidade recíproca de todo o patrimônio da ECT, num dos julgados que compõem o **Caso ECT (2004)**, sua proposta de separação patrimonial para efeitos de proteção à tributação foi vencida pela tese da imunidade irrestrita.

A tendência de afirmação do privilégio da imunidade tributária recíproca confere a proteção integral ao patrimônio das empresas estatais de serviços públicos. Deste modo, o STF acaba por proteger a empresa estatal, a pretexto de proteger o serviço público por ela desempenhado. A ausência da preocupação em discutir a relação entre os bens, as rendas e os serviços protegidos da tributação e o serviço público desempenhado revela que o privilégio é da empresa estatal, e não dos bens ou serviços públicos.

A concessão da imunidade tributária recíproca representa um privilégio para estas empresas, com a extensão de uma prerrogativa do Estado que lhes propicia uma vantagem diante das empresas do setor privado prestadoras de serviços públicos. O

fundamento usado pelo STF para decidir, que parte da distinção entre empresas estatais conforme a sua atuação para alcançar o resultado de que as estatais de serviços públicos são equiparáveis às autarquias para efeitos de obtenção da imunidade recíproca, não permitiria que as empresas do setor privado concessionárias de serviço público obtivessem tal direito.

A imunidade recíproca é uma prerrogativa do Estado, que a Constituição confere às próprias pessoas políticas e, por regra expressa, às demais pessoas jurídicas de direito público. Suas razões estão ligadas à redução dos riscos de conflitos entre os entes federativos pela possibilidade de tributação recíproca e à prevenção de desequilíbrios financeiros. Ao equiparar as estatais de serviços públicos às autarquias e incluí-las na dicção do § 2º do artigo 150 do texto constitucional, o STF ampliou a regra da imunidade recíproca e concedeu um privilégio a partir da extensão de uma prerrogativa do Estado.

A consequência imediata da afirmação do privilégio da imunidade tributária recíproca para aquelas empresas estatais é a da proteção integral do seu patrimônio, tomado em sentido amplo. Ao considerar que não é possível a cobrança de impostos da empresa por se tratar de estatal de serviço público, o STF empregou um critério subjetivo de julgamento que tem por efeito garantir a imunidade sobre seu patrimônio, renda e serviços. Trata-se de consequência direta do fundamento usado pelo tribunal para decidir tais casos.

A consequência mediata dessa jurisprudência é a criação de um incentivo para que outras empresas estatais, em cujas atividades se encontrem as que possam ser consideradas como próprias de serviços públicos, busquem no poder judiciário a constituição do privilégio da imunidade tributária recíproca para o seu patrimônio. Tais empresas poderão alegar a identidade de situação com as estatais que já obtiveram a imunidade recíproca, sustentando que têm direito à proteção constitucional quanto à cobrança de impostos por pessoas políticas que não são suas controladoras. Assim, a postura do STF de afirmar o privilégio para algumas empresas estatais de serviços públicos induz à expansão do universo de estatais que a ele terão direito.

IV.3) A ideia subjacente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: as empresas estatais de serviços públicos têm direito às prerrogativas do Estado

O estudo da jurisprudência sobre privilégios das empresas estatais revela que há uma ideia comum motivadora das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. A

afirmação de privilégios para as empresas estatais de serviços públicos se escora na crença de que elas devem ter acesso às prerrogativas do Estado. Essa constatação é evidenciada por determinadas características dessa jurisprudência.

O STF extraiu o fundamento para a concessão dos privilégios da impenhorabilidade dos bens e da imunidade tributária recíproca diretamente da Constituição, prescindindo de normas legais que o instituíssem para cada empresa estatal. Desse modo, vem realizando uma leitura constitucional em que o regime de privilégios para esta categoria de empresa estatal é necessário, independentemente de sua personalidade de direito privado. Ao considerar inaplicável, para as empresas estatais de serviços públicos, a norma constitucional proibitiva de privilégios (art. 173, § 1º, II e § 2º), o tribunal retira imediatamente a conclusão de que eles lhes são devidos.

Tais características permitem concluir que há uma concepção subjacente aos julgados que formam essa jurisprudência, a de que as empresas estatais de serviços públicos têm direito às prerrogativas detidas pelas pessoas jurídicas de direito público. A análise passará por cada uma dessas características.

Ao julgar os privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca, o STF interpretou que eles derivam diretamente da Constituição. Na fundamentação das decisões respectivas, o tribunal prescindiu de normas legais para considerar válidos os privilégios para as empresas estatais envolvidas. Não fez parte de sua análise a verificação da existência de norma legal que previsse o privilégio para a estatal. Assim, não foi tida como condição para a validade do privilégio a sua previsão em lei. Esse modo de decidir esteve presente nos julgamentos, quanto à impenhorabilidade de bens, do **Caso ECT (2000)**, do **Caso ELETRONORTE (2008)**, do **Caso EMDUR-Porto Velho (2008)**, do **Caso CARHP-AL (2009)**, do **Caso CASAL-AL (2009)** e do **Caso EBDA-BA (2009)**, e, quanto à imunidade tributária recíproca, do **Caso ECT (2004)**, do **Caso CAERD-RO (2007)**, do **Caso INFRAERO (2007)** e do **Caso COHAB-AC (2009)**. Então, em todos os casos em que esses privilégios foram afirmados, o tribunal fundamentou-os diretamente na Constituição, como decorrências necessárias.

Nesses casos, diante da questão de saber se o privilégio poderia ser usufruído pela estatal, a corte respondeu-a positivamente após classificar a empresa em questão como prestadora de serviços públicos, sem considerar necessária a sua previsão em lei. Assim, a corte não exige norma legal para aceitar como válido o privilégio pleiteado, satisfazendo-se com a constatação de que a estatal é prestadora de serviços públicos.

Para o tribunal, essa condição permite que a estatal acesse o regime de prerrogativas do Estado.

Mesmo nos casos em que havia uma norma legal instituindo o privilégio, a fundamentação usada pelo STF para afirmá-lo partiu diretamente da Constituição, tendo sido considerado que a lei apenas enunciou um regime que é constitucionalmente necessário para uma estatal que é prestadora de serviço público. Isso ocorreu, quanto à impenhorabilidade de bens, no **Caso ECT (2000)**, e, quanto à imunidade tributária recíproca, no **Caso ECT (2004)**.

Além disso, o entendimento inicialmente firmado para uma empresa estatal específica, a ECT - no **Caso ECT (2000)** para a impenhorabilidade de bens, e no **Caso ECT (2004)** para a imunidade tributária recíproca -, vem sendo reproduzido pelo tribunal no julgamento de casos envolvendo outras empresas estatais, para as quais são, a partir daí, constituídos os referidos privilégios. Quanto à impenhorabilidade de bens, a menção ao **Caso ECT (2000)** foi feita no **Caso ELETRONORTE (2008)**, no **Caso EMDUR-Porto Velho (2008)**, no **Caso CASAL-AL (2009)** e no **Caso EBDA-BA (2009)**. Em relação à imunidade tributária recíproca, a menção ao **Caso ECT (2004)** ocorreu no **Caso CAERD-RO (2007)** e no **Caso INFRAERO (2007)**. A própria utilização daqueles casos como precedentes para a afirmação dos respectivos privilégios para outras empresas estatais, além da ECT, mostra que o STF compreende que eles emanam diretamente da Constituição. Em nenhum dos demais casos havia lei que os instituisse para as estatais envolvidas, mas o tribunal não atentou para tal aspecto, justamente porque o dado era prescindível diante da sentença, fundamentada na Constituição, de que as empresas estatais de serviços públicos têm direito à impenhorabilidade de bens e à imunidade tributária. Portanto, na leitura da corte, a Constituição prevê um regime privilegiado de execução e de tributação para as estatais de serviço público, pela circunstância de serem qualificadas como prestadoras de serviços públicos.

Outra evidência de que o STF toma os privilégios como imediatamente decorrentes da Constituição está na forma de julgamento definitivo de alguns casos, quando o ministro relator presume a existência de jurisprudência dominante e, monocraticamente, dá provimento ao recurso interposto pela estatal. Isso ocorreu, quanto ao privilégio da impenhorabilidade de bens, no **Caso EMDUR-Porto Velho (2008)**, no **Caso CASAL-AL (2009)** e no **Caso EBDA-BA (2009)**, e, em relação ao da imunidade tributária recíproca, em decisão de 2008 do **Caso CAERD-RO (2007)**.

Nesses casos, os acórdãos locais tinham negado o privilégio pretendido pelas respectivas estatais e os ministros relatores, por meio de decisões monocráticas, inverteram o resultado e garantiram a fruição do privilégio. Isso foi possível porque os ministros envolvidos consideraram que as decisões recorridas estavam em manifesto confronto com a jurisprudência dominante do STF, hipótese na qual o Código de Processo Civil autoriza que o relator dê provimento imediato ao recurso extraordinário, monocraticamente (art. 557, § 1º-A). Em nenhum desses casos havia decisões prévias do STF que já tivessem garantido o privilégio em questão para a empresa estatal pleiteante, mas tão somente precedentes que envolviam outras empresas estatais. Tais decisões, em que o precedente é aplicado sem a demonstração de sua pertinência, mostram que o STF entende os privilégios das estatais de serviços públicos como diretamente decorrentes do texto constitucional.

Ao criar e alimentar uma jurisprudência de afirmação de privilégios cujo fundamento de validade deriva diretamente da Constituição, o STF vem progressivamente instituindo um regime necessário para as empresas estatais de serviços públicos. Na leitura constitucional que a corte faz dos privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca, não é admissível que as empresas estatais de serviços públicos não os detenham. Os privilégios das estatais de serviços públicos são, assim, necessários para o STF.

Na interpretação da Constituição realizada pela corte, não há espaço para que as estatais de serviços públicos não tenham acesso aos privilégios porque a fundamentação das decisões impede que a legislação decida sobre a submissão delas ao regime comum de execução e tributação. Os privilégios vêm sendo afirmados pelo STF por meio de um critério subjetivo, em que o tribunal busca perceber se a empresa estatal em questão pode ser caracterizada como prestadora de serviço público para, em caso positivo, concedê-los. Em relação à impenhorabilidade de bens, foi o que ocorreu no **Caso ECT (2000)**, no **Caso ELETRONORTE (2008)**, no **Caso EMDUR-Porto Velho (2008)**, no **Caso CARHP-AL (2009)**, no **Caso CASAL-AL (2009)** e no **Caso EBDA-BA (2009)**. Quanto à imunidade tributária recíproca, isso se verificou no **Caso ECT (2004)**, no **Caso CAERD-RO (2007)**, no **Caso INFRAERO (2007)** e no **Caso COHAB-AC (2009)**. O uso do critério subjetivo para proteger as empresas estatais de serviços públicos da penhora dos bens não afetados e da tributação, às quais estão sujeitas as empresas do setor privado prestadoras de serviços públicos, impede que os privilégios sejam negados a uma estatal que se enquadre nesta categoria. Por dever de coerência da

jurisprudência, não há alternativas ao tribunal senão conceder o privilégio a uma estatal de serviço público que o pleiteie. Esse modo de fundamentar torna os privilégios necessários.

Por usar um critério subjetivo, o STF acaba por proteger todo o patrimônio das empresas estatais de serviços públicos da penhora e toda a sua receita empresarial da incidência de impostos. Deste modo, vai além do que seria necessário para resguardar da penhora os bens e os serviços públicos por elas manejados, assim como concede uma imunidade tributária que a Constituição só previu para outras entidades estatais. Tais efeitos denotam que o tribunal usa uma concepção pela qual estas empresas estatais têm direito às prerrogativas de Estado, porque a proteção concedida é a mesma que é dada às pessoas de direito público.

Ao construir gradativamente um regime constitucional e necessário de privilégios para as empresas estatais de serviços públicos, o STF admite que a personalidade de direito privado dessas entidades estatais não impede a sua incidência. A afirmação que o tribunal faz dos privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca não é obstada pela personalidade de direito privado das empresas estatais. Na interpretação da corte, esse dado essencial das empresas estatais não é considerado suficiente para obstruir a fruição dos privilégios. Deste modo, o tribunal menospreza a opção do Estado pela forma empresarial, manifestada no momento de criação da nova entidade estatal, que afasta as prerrogativas próprias das pessoas de direito público.

A concessão em si do privilégio para uma empresa estatal pressupõe a ausência de um impedimento derivado da sua personalidade de direito privado. Se o tribunal considerasse incompatível, não poderia afirmar o privilégio. Quanto à impenhorabilidade de bens, em nenhum dos casos em que o privilégio foi concedido, o STF considerou que a personalidade de direito privado fosse um obstáculo. Nos julgamentos do **Caso ECT (2000)**, do **Caso ELETRONORTE (2008)**, do **Caso EMDUR-Porto Velho (2008)**, do **Caso CARHP-AL (2009)**, do **Caso CASAL-AL (2009)** e do **Caso EBDA-BA (2009)**, o tribunal usou o critério subjetivo para afirmar os privilégios, a partir do enquadramento da empresa estatal como prestadora de serviços públicos. O mesmo é verificado nos julgamentos que afirmaram o privilégio da imunidade tributária recíproca. Em nenhum desses casos - **Caso ECT (2004)**, **Caso CAERD-RO (2007)**, **Caso INFRAERO (2007)**, **Caso COHAB-AC (2009)** – se teve a personalidade de direito privado como um óbice para sua constituição. Em tais ocasiões,

também foi a qualificação da empresa estatal como prestadora de serviço público que autorizou a admissão do privilégio.

Essa característica decisória revela uma indiferença do STF pela forma empresarial das estatais de serviço público, porque a personalidade de direito privado que elas detêm afasta as prerrogativas do Estado, que existiriam no ato que criasse uma pessoa de direito público. Ao afirmar privilégios para tais entidades administrativas, o STF acaba por menosprezar a vontade do Estado, manifestada por meio de atos conjuntos dos poderes executivo e legislativo, de adotar, para uma entidade que criou, a forma empresarial. Com isso, impede a utilização plena da solução empresarial para as entidades estatais de serviço público, que é uma forma de organização administrativa prevista pela Constituição (art. 37, XIX e XX). O que explica essa postura é a ideia de que as estatais de serviço público têm direito às prerrogativas do Estado, a qual leva o STF a adotar uma atitude de indiferença quanto ao modelo de empresa, que para elas foi adotado.

Ao considerar que a norma constitucional proibitiva de privilégios não é aplicável às empresas estatais de serviços públicos, o STF imediatamente conclui que eles lhes são devidos. Quando concede privilégios para as empresas estatais de serviços públicos, o tribunal não considera violada a norma constitucional proibitiva de privilégios (art. 173, § 1º, II e § 2º), cuja aplicação tem por restrita às estatais de atividade econômica. Na fundamentação das decisões, a inaplicabilidade da norma proibitiva de privilégios conduz à consequente afirmação do privilégio para as empresas estatais que a corte considera como prestadoras de serviços públicos. A jurisprudência estabelece uma relação de causa e efeito entre a não aplicação da norma proibitiva e a necessária concessão do privilégio para as empresas estatais de serviços públicos. No raciocínio empregado pelo tribunal, se não incide a norma do artigo 173, porque a estatal é prestadora de serviço público, o privilégio lhe é devido.

Essa característica está presente em todos os casos em que o STF afirmou privilégios para as estatais de serviços públicos, tanto o da impenhorabilidade de bens – **Caso ECT (2000)**, **Caso ELETRONORTE (2008)**, **Caso EMDUR-Porto Velho (2008)**, **Caso CARHP-AL (2009)**, **Caso CASAL-AL (2009)**, **Caso EBDA-BA (2009)** –, quanto o da imunidade tributária recíproca – **Caso ECT (2004)**, **Caso CAERD-RO (2007)**, **Caso INFRAERO (2007)**, **Caso COHAB-AC (2009)**.

Por trás desse modo de fundamentar a afirmação de privilégios, encontra-se a concepção de que as empresas estatais de serviços públicos têm direito às prerrogativas

do Estado. O raciocínio empregado pelo tribunal parte da premissa de que as entidades estatais em geral têm direito às prerrogativas do Estado, que só não existirá quando for aplicável a norma constitucional proibitiva dos privilégios. Como tal norma só incide sobre as empresas estatais caracterizadas como exploradoras de atividade econômica, as estatais de serviços públicos têm direito aos privilégios, segundo o STF.

A partir dessas características da jurisprudência, pode-se afirmar que o STF, quando julga conflitos envolvendo privilégios para empresas estatais de serviço público, lida com a concepção de que elas têm direito às prerrogativas do Estado. Essa ideia, subjacente aos casos analisados, vem permitindo ao tribunal a construção gradativa de um regime privilegiado de execução e de tributação para as empresas estatais de serviços públicos, que é fundamentado como uma decorrência direta e necessária da Constituição. A corte considera que a personalidade de direito privado não impede a fruição dos privilégios, sendo que a inaplicabilidade do artigo 173 da Constituição às estatais de serviços públicos tem, como consequência imediata, a concessão dos privilégios.

IV.4) Para o Supremo Tribunal Federal, empresa estatal de serviço público não é empresa

A constatação de que a jurisprudência lida com a ideia subjacente de que as empresas estatais de serviço público têm direito às prerrogativas do Estado leva a uma segunda: para o STF, essas empresas estatais não são empresas. Essa sentença, embora pareça contraditória, é uma decorrência lógica da extensão das prerrogativas do Estado para as empresas estatais de serviços públicos, que vem sendo promovida pelo STF. Esse movimento vai gradualmente descaracterizando, como empresas, as estatais de serviços públicos, cujo regime jurídico vem sendo pontualmente equiparado ao das pessoas de direito público.

A afirmação de um privilégio por meio da extensão de uma prerrogativa do Estado provoca um afastamento pontual do regime jurídico básico empresarial, adotado para a empresa estatal em sua criação. Ao ser concedido o privilégio da impenhorabilidade de bens, seu patrimônio passa a ser integralmente protegido da constrição judicial como forma de execução, assim como ocorre com as pessoas de direito público. Com a afirmação do privilégio da imunidade tributária recíproca, a empresa estatal fica resguardada da cobrança de impostos pelas pessoas políticas que não são suas controladoras, tal qual as pessoas de direito público.

Os privilégios são, dessa forma, passos rumo ao regime jurídico das pessoas de direito público. Como não deixam de ter personalidade jurídica própria, faz sentido comparar a situação das empresas estatais de serviços públicos beneficiadas por privilégios com a das autarquias, que são pessoas de direito público surgidas também por efeito da descentralização. Por isso, esse movimento de aproximação do regime jurídico das empresas estatais de serviços públicos com o das autarquias costuma ser designado de *autarquização*.

A aproximação do regime jurídico autárquico também significa o afastamento do regime jurídico empresarial, que o Estado, por meio da adoção de fórmulas de direito privado, instituiu para a empresa estatal no ato de sua criação. Quando uma empresa estatal usufrui um privilégio, ela usa uma solução que foi concebida para as pessoas de direito público. Por isso foi dito anteriormente que os privilégios são anômalos, porque estranhos ao regime jurídico básico empresarial das estatais.

Nessa linha de raciocínio, a afirmação de um privilégio para uma empresa estatal é um ato excepcional, justamente porque possui um sentido contrário à opção do Estado pela personalidade de direito privado para essa entidade estatal, com o regime jurídico empresarial dela decorrente. Daí a se caracterizar os privilégios como uma espécie de *excepcionalidade* do regime jurídico empresarial, explicados pela circunstância de as empresas estatais pertencerem à administração pública.

Por isso, é surpreendente a constatação de que a jurisprudência do STF lida com uma concepção oposta, a de que as estatais de serviço público têm direito às prerrogativas do Estado. Nessa perspectiva, a concessão de um privilégio é um ato habitual, regular, que tem o efeito de “restituir a ordem natural” das entidades estatais. Nesse ponto de vista, a premissa é a de que, em regra, as entidades estatais devem ter um regime de privilégios, próprio das pessoas de direito público, independentemente de sua personalidade jurídica. O regime empresarial das entidades estatais apenas surge como exceção, quando o Estado decide atuar no domínio econômico. Daí que somente para essas entidades estatais – as empresas estatais de atividade econômica – é aplicável a norma constitucional proibitiva dos privilégios (art. 173, § 1º, II e § 2º).

Dessa maneira, para o STF a regra é a da admissão de privilégios para as empresas estatais em geral, tendo o artigo 173 apenas o efeito de impedir a sua fruição a algumas delas, as que exercem atividade econômica não monopolizada. A proibição aos privilégios das empresas estatais de atividade econômica é colocada como uma exceção à regra aplicável à generalidade das entidades estatais, inclusive as empresas estatais de

serviços públicos. Assim, o regime empresarial das estatais de atividade econômica é uma exceção diante da regra de que as estatais em geral não são empresas.

Há, na jurisprudência do STF, uma identificação do caráter de empresa com a aplicação do artigo 173 da Constituição. Só são tomadas como empresas aquelas estatais que exercem atividades econômicas em concorrência com as empresas do setor privado. Nesse raciocínio, se a estatal presta serviço público e, portanto, não atua no domínio econômico, o artigo 173 não é aplicável, e o privilégio deve prevalecer. As estatais de serviço público não são vistas como genuínas empresas. Essa percepção da corte explica porque a jurisprudência retira uma relação de causa e efeito entre a inaplicabilidade da norma proibitiva dos privilégios e a necessária concessão dos privilégios para as estatais de serviço público.

Mas o que o artigo 173 da Constituição faz é vedar qualquer hipótese de privilégio para as empresas estatais de atividade econômica, impedindo que o regime empresarial delas não seja seguido em sua integralidade. Ou seja, as exceções ao regime empresarial com a instituição de privilégios não podem ser feitas para as empresas estatais de atividade econômica, em função da norma que lhes proíbe a fruição de privilégios (CF/88, art. 173, § 1º, II e § 2º). Perceba-se que, nessa interpretação do dispositivo, não se parte da premissa de que os privilégios devem, em princípio, existir para as empresas estatais. Aqui se parte da constatação de que, sendo as empresas estatais pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo Estado, seu regime jurídico básico é o de direito privado, que não traz consigo privilégios.

Nesse raciocínio, as estatais em geral são tomadas como empresas, porque esta condição deriva da sua personalidade jurídica, numa opção constitucionalmente legítima do Estado de criá-las desse modo. Quando a Constituição prevê a existência de empresas estatais, citando-as em diversos dispositivos e instituindo normas sobre sua criação (art. 37, XIX e XX) e outros aspectos de seu regime jurídico, ela aceita que o Estado crie entidades com o uso de formas de direito privado. Logo, a Constituição admite que o Estado possa usar o regime empresarial como regra para algumas de suas criaturas, como as empresas estatais. Além disso, quando o Estado institui sociedades, há uma compreensão de que o formato empresarial é o mais apropriado para o alcance de certas finalidades que considerou relevantes.

Por isso, não faria sentido que a Constituição estabelecesse que a regra é a da admissão de privilégios para as empresas estatais que, excepcionalmente, não se aplicaria, em função da proibição do artigo 173, para as de atividade econômica. Essa

leitura é incoerente com a própria admissão constitucional de adoção pelo Estado, para certas entidades estatais, do regime empresarial. É coerente com a personalidade de direito privado das empresas estatais a interpretação do artigo 173 que o lê como uma vedação a qualquer hipótese de privilégio para as estatais de atividade econômica, porque aí se parte da premissa de que o regime jurídico básico das empresas estatais em geral é o de direito privado, empresarial, que não contém privilégios.

Por essa leitura também se conclui que não há uma vedação constitucional aos privilégios das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, como há para os das exploradoras de atividade econômica. Assim, é possível que a legislação institua, dentro de uma margem de razoabilidade, hipóteses de privilégios para as estatais de serviços públicos, como ocorre quando elas servem como instrumentos de ação estatal. Os limites para atuação do legislador estão ligados à própria personalidade de direito privado das empresas estatais, que é reconhecida pela Constituição em diversas passagens, como nos incisos XIX e XX do artigo 37. Dessa forma, os privilégios que a legislação conceda às estatais de serviços públicos não podem descaracterizá-las como pessoas de direito privado, afastando a sua forma empresarial de funcionamento.²²³

Em síntese, a jurisprudência permite afirmar que o STF não considera as estatais de serviços públicos como empresas. A inaplicabilidade da norma que proíbe privilégios está levando o tribunal a retirar uma conclusão *a contrario sensu*, a de que a Constituição instituiu o regime de privilégios como próprio, “natural”, para as estatais de serviços públicos. Tal raciocínio ignora que a Constituição aceita, como fórmula legítima para a prestação de serviços públicos, a adoção, pelo Estado, da personalidade de direito privado para certas entidades, como as empresas estatais, e, com ela, a submissão da entidade ao regime jurídico empresarial, de direito privado. A utilização dessa fórmula afasta para a empresa estatal, no momento de sua criação, as

²²³ Celso Antônio Bandeira de Mello afirma, inicialmente em relação às sociedades de economia mista: “Ora, as sociedades de economia mista encontram-se, em coerência de resto com as razões que ditaram seu nascimento, fundamentalmente reguladas pelo direito privado. Em conseqüência, não podem ser senão pessoas de direito privado. (...) Segue-se que normas afirmativas do especial relacionamento entre elas e o Poder Público, tanto como eventuais limitações à sua ação ou *favores e prerrogativas que se lhes concedam, não podem descaracterizá-las como pessoas de direito privado, porquanto não de se restringir a configurá-las como instrumentos de ação estatal, sem, contudo, afastá-las, quanto ao seu funcionamento, do regime básico aplicável às demais empresas privadas*, sob pena de agressão a mandamento da Carta Magna.” E, posteriormente quanto às empresas públicas: “Finalmente, sempre em estreita afinidade com as sociedades de economia mista, as empresas públicas sofrem o influxo de certas regras especiais que, *sem desnaturar-lhes o caráter privado*, marcam seu especial relacionamento com o Estado e realçam sua especificidade: serem um instrumento de ação do Poder Público, por ele constituído com tal finalidade. É justamente na presença destas normas especiais que se retraça sua originalidade no confronto com as demais sociedades comerciais.” (*Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979; págs. 95 e 132, grifei).

prerrogativas de Estado que existiriam para as pessoas de direito público. A criação de uma entidade na forma de empresa nada mais é do que uma opção, constitucionalmente legítima, do Estado, cujo alcance vem sendo diminuído pelo STF com a criação de um regime privilegiado de execução e de tributação para empresas estatais de serviços públicos.

IV.5) A pretexto de defender o serviço público, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal protege as empresas estatais prestadoras de serviço público

Uma crítica a ser feita à jurisprudência analisada diz respeito à sinceridade da argumentação realizada pelo STF. As decisões que concedem privilégios para as empresas estatais de serviços públicos procuram evidenciar a necessidade e a importância especial dos serviços públicos para a sociedade, mostrando que o ordenamento jurídico dá um tratamento especial para aquelas atividades que são de interesse público. Desta forma se justifica que direitos creditícios de terceiros não possam ser satisfeitos com a constrição judicial de bens que são aproveitados nos serviços públicos, e também que as pessoas políticas não possam onerar com tributos os serviços públicos que não são de sua titularidade.

Contudo, para proteger os bens públicos detidos pelas empresas estatais, assim como os serviços públicos por elas prestados, o STF usa um critério subjetivo de julgamento. A partir da distinção entre empresas estatais conforme a sua atuação, que permite diferenciar as estatais de serviços públicos das de atividade econômica, o tribunal opta por resguardar todos os bens daquelas estatais, assim como todas as atividades por elas praticadas. O resultado prático é uma tutela patrimonial ampla, que inclui a impenhorabilidade de todos os seus bens, mesmo daqueles que não são necessários ao serviço público desempenhado, como a receita empresarial, assim como a imunidade tributária recíproca da sua receita empresarial, inclusive daquela decorrente de atividades que não podem ser consideradas como integrantes de um serviço público. Com o uso do critério subjetivo para afirmar os privilégios das estatais de serviços públicos, o STF acaba por lhes garantir uma proteção que se equipara à que têm direito as pessoas de direito público.

É importante destacar que o STF acaba por instituir, para as empresas estatais, proteções que são prescindíveis aos serviços públicos por elas desempenhados. Tanto pelo privilégio da impenhorabilidade de bens quanto pelo da imunidade tributária recíproca, há uma defesa exacerbada do patrimônio das estatais de serviços públicos,

porque feita em medida excedente à necessária para a cautela dos serviços públicos em si.

A impenhorabilidade de determinado bem deve ser vista como uma proteção rigorosamente necessária ao desempenho do serviço público, porque implica na impossibilidade de seu uso como forma de satisfação de direitos legítimos de terceiros. Assim, invade desnecessariamente a esfera de direitos alheios o uso de um conceito amplo de afetação dos bens aos serviços públicos. Para que isso não ocorra, só podem ser considerados como bens afetos a um serviço público aqueles que lhe sejam insubstituíveis e indispensáveis, e não qualquer bem a ele aplicado. Um veículo da ECT, por exemplo, é aplicado ao serviço postal porque é utilizado para a entrega de cartas, mas, como pode ser substituído por outros veículos, não é indispensável à prestação desse serviço público. Do mesmo modo, as receitas empresariais, conquanto sejam empregadas para a prestação dos serviços públicos, são circulantes e podem, até certo limite, ser usadas como forma de satisfação de direitos de credores. Todos esses aspectos foram muito pouco explorados pelo STF nas decisões que afirmaram o privilégio da impenhorabilidade de bens, mas devem ser considerados por quem se proponha a discutir o tema.

A Constituição dispõe expressamente que não há imunidade tributária recíproca quando são prestados serviços públicos em que a remuneração ocorre por meio do pagamento de tarifas pelos usuários (art. 150, § 3º). Portanto, o texto constitucional não protege os serviços públicos econômicos da tributação, num reconhecimento de que a imunidade não lhes é necessária. Prescreve, desse modo, a possibilidade de as pessoas políticas cobrarem impostos de qualquer pessoa que os preste, inclusive as empresas estatais. Quando o STF declara existir imunidade recíproca para uma empresa estatal que presta serviços públicos econômicos, ele concede uma proteção que é, por declaração constitucional, prescindível ao serviço público em si e que apresenta o vício de contrariar regra constitucional expressa.

O uso de um critério objetivo de julgamento levaria a outros resultados. Em relação à impenhorabilidade de bens, só poderiam ser resguardados da constrição judicial aqueles afetados ao serviço público desempenhado. Quanto à imunidade tributária recíproca, nem faria sentido cogitá-la para as empresas estatais, uma vez que a Constituição não as incluiu no rol exaustivo de beneficiários e não protegeu os serviços públicos tarifados da cobrança de impostos. Mas o STF abdicou expressamente do

critério objetivo no julgamento do **Caso ECT (2000)**, sem cogitar novamente de sua utilização.²²⁴

Portanto, há insinceridade na afirmação jurisprudencial de que a proteção dada às estatais de serviço público é necessária para a defesa do serviço em si. As decisões do STF resguardam amplamente o patrimônio dessas estatais, em medida excedente à que seria necessária para a proteção efetiva dos serviços públicos por elas desempenhados. Defendem, assim, a empresa estatal de serviços públicos, mais do que os serviços públicos em si. A tutela do serviço público não implica na proteção de patrimônio que não lhe é necessário. Nesse sentido, a penhora de bens não afetados ao serviço público não o prejudicaria, e a tributação da receita empresarial não é considerada, pela própria Constituição, como tendente a lesar a prestação de serviços públicos.

Um problema adicional surge nas situações em que empresas estatais que podem ser consideradas prestadoras de serviços públicos passam a atuar em competição com outras empresas, do setor privado ou estatal, na própria prestação de serviços públicos ou mesmo em atividades econômicas abertas à iniciativa privada. Nesses cenários, não tem sentido a justificativa dada pelo STF para que a estatal goze do privilégio, a de que ele é devido porque a empresa oferece um serviço público “monopolizado”, ou seja, com a pressuposição de que há exclusividade da empresa estatal em sua prestação. Em tais situações há efetiva disputa da empresa estatal com outras empresas, mas aquela detém privilégios que acabam por afetar as condições de competição. Esse é um problema concreto que surge da jurisprudência afirmativa dos privilégios.

²²⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia o regime de direito privado das empresas estatais prestadoras de serviços públicos e o regime de direito público do serviço público em si. Em relação às sociedades de economia mista, afirma: “Contudo, ainda assim descaberia excluir do regime de direito privado as sociedades mistas prestadoras de serviços públicos, pelo só fato de que, ao constituí-las, o Estado não pretende outra coisa senão – e precisamente – acolher um regime operacional ágil como o da empresa privada. Se diverso fora o seu objetivo, seguiria os métodos tradicionais, valendo-se seja da prestação por administração direta, seja da criação de autarquias. A circunstância mesma de outorgar o serviço em concessão a uma pessoa mista revela, só por si, a opção pelo esquema de direito privado. Mas, note-se: a pessoa será de direito privado; o regime dela, da mesma forma; contudo, o *serviço em si mesmo* beneficiar-se-á de proteção especial e prerrogativas peculiares, inerentes ao ‘regime de direito público’. Afinal, os próprios serviços públicos desempenhados por via de sociedade de economia mista são os que se marcam por um caráter industrial ou comercial, isto é, os que requerem uma organização análoga à dos particulares, tanto que apenas estes se prestam ao regime de concessão.” Quanto às empresas públicas, sustenta: “Do mesmo modo que as sociedades de economia mista, quando constituídas para a prestação de serviços públicos, encontram, *para o serviço em si*, prerrogativas e regime específico de direito público, protetor *da atividade* assim configurável. Contudo, a própria pessoa, sociedade mista ou empresa pública, no caso, não absorvem para si os privilégios defensores do serviço. A situação é perfeitamente análoga à de uma empresa particular concessionária de serviços públicos. Isto é, a entidade se rege pelo direito privado; seus bens, suas obrigações, seus atos, em suma, seu regime persistem sendo o de uma empresa mercantil, conquanto o serviço se ache, a bem da coletividade, beneficiado por normas protetoras.” (*Ob. Cit.*; págs. 96 e 132, grifos constantes do original).

Também é preciso destacar que o STF lida com uma ideia muito imprecisa de serviço público quando opera com o conceito de empresa estatal prestadora de serviços públicos. O tribunal, em regra, não se preocupa em investigar as atividades desempenhadas pela empresa estatal para qualificá-la como prestadora de serviço público. Basta-lhe a sensação de que há *atividade pública* realizada pela estatal para que ela seja caracterizada como estatal de serviços públicos. Isso faz com que os privilégios sejam afirmados para estatais cuja prestação de serviços públicos poderia ser questionada, como no **Caso EMDUR-Porto Velho (2008)**, no **Caso CARHP-AL (2009)**, no **Caso EBDA-BA (2009)** e no **Caso COHAB-AC (2009)**.

A constatação de que a jurisprudência do STF protege as empresas estatais de serviços públicos, mais do que os próprios serviços em si, leva a uma importante questão: o direito à impenhorabilidade de todos os seus bens e à imunidade tributária recíproca poderia ser constituído também para as empresas do setor privado prestadoras de serviços públicos? Uma vez que o STF alega defender o serviço público quando, de fato, protege as estatais que os prestam, seria defensável o argumento que sustente ser devido o direito à impenhorabilidade total de bens e à imunidade tributária recíproca para as empresas do setor privado concessionárias de serviços públicos?

Somente a partir da jurisprudência atual do STF não é possível dar respostas seguras a estas questões.²²⁵ Contudo, as decisões analisadas apontam que as respostas seriam negativas. Isso porque a utilização de um critério subjetivo de julgamento vem fazendo com que o tribunal estenda as prerrogativas do Estado para as empresas estatais de serviços públicos em função de seu próprio pertencimento à administração pública. O argumento central da corte para afirmar os privilégios é o de que as empresas estatais prestam serviços de titularidade do Estado, ou seja, são entidades estatais que realizam serviços que são próprios do Estado. Mesmo usando o tópos do serviço público para conceder privilégios, as empresas estatais de serviços públicos são vistas como pessoas de direito público, e não como empresas. A ideia subjacente de que têm direito às prerrogativas do Estado está ligada à concepção de que elas não se diferenciam das pessoas de direito público. Por isso, é bastante questionável a ideia de que a

²²⁵ Eros Roberto Grau já afirmou que os privilégios fiscais, referidos no § 2º do artigo 173 da Constituição, podem ser detidos pelas estatais de serviços públicos e que não são extensivos às empresas do setor privado prestadoras de serviços públicos: “As empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais que prestem serviço público, podem gozar de privilégios fiscais, ainda que não extensivos a empresas privadas prestadoras de serviço público em regime de concessão ou permissão (art. 175 da CF 88).” (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica*. 7ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002; pg. 145).

jurisprudência pesquisada possa ser estendida para alcançar as empresas do setor privado prestadoras de serviços públicos. Lembre-se que não se refere aqui às hipóteses de proteção objetiva aos bens e serviços públicos, os quais podem ser, respectivamente, detidos e prestados pelas empresas do setor privado, tendo proteção por si mesmos.

IV.6) O Supremo Tribunal Federal vem concedendo privilégios para as empresas estatais de serviços públicos sem amparo constitucional

A instituição, pelo STF, de um regime privilegiado de execução e de tributação para as empresas estatais de serviços públicos vem sendo possível porque há uma ideia implícita de que elas têm direito às prerrogativas do Estado. Desta forma, a corte vem afirmando privilégios para essas estatais porque não as considera verdadeiras empresas, o que permite equiparar pontualmente o regime jurídico delas ao das pessoas de direito público. Ao realizar uma leitura constitucional imbuído dessas concepções, o STF criou uma nova hipótese de impenhorabilidade de bens em função da pessoa devedora que não tem base na Constituição e incluiu uma nova categoria de beneficiários da imunidade tributária recíproca em contrariedade a uma regra constitucional expressa.

A impenhorabilidade dos bens das empresas estatais prestadoras de serviços públicos é uma criação jurisprudencial do STF. Com o julgamento do **Caso ECT (2000)**, o tribunal iniciou uma corrente decisória que vem se expandindo ao colher outras empresas estatais, que passaram a ter direito ao privilégio. Apesar de naquela circunstância existir norma infraconstitucional expressa garantindo o privilégio para a ECT, a corte não considerou essencial a sua previsão em lei para as empresas estatais que obtiveram posteriormente a impenhorabilidade de bens. Por interpretação do STF, o fundamento do privilégio nesses casos está na própria Constituição, derivando de um regime que é necessário para as estatais de serviços públicos.

O privilégio representa uma nova hipótese de impenhorabilidade de bens em função da pessoa devedora, já que a Constituição apenas preserva da constrição judicial o patrimônio das pessoas de direito público (art. 100, *caput* e §§ 1º a 16). Não há fundamento constitucional suficiente para a garantia da impenhorabilidade subjetiva do patrimônio das empresas estatais, ainda que prestadoras de serviços públicos. Há norma constitucional de impenhorabilidade em função dos bens públicos em si, dentre os quais estão aqueles necessários aos serviços públicos, mas o STF afirma o privilégio para as estatais de serviços públicos pelo critério subjetivo, protegendo todo o seu patrimônio

da constrição judicial, e não somente aquele afeto aos serviços públicos. Por isso, a afirmação do privilégio não tem base na Constituição.

Ao instituir essa nova hipótese de impenhorabilidade de bens em função da pessoa devedora, o STF se deparou com um problema de operacionalização da regra, que evidencia a extravagância da fórmula então concebida. No **Caso ECT (2000)**, os debates entre os ministros revelam as dificuldades que resultam da impenhorabilidade dos bens das estatais de serviços públicos e de sua aceitação pela corte.

O problema concreto estava relacionado ao processamento do sistema de precatórios envolvendo débitos da ECT. À objeção do Min. Ilmar Galvão de que os credores não poderiam se valer do sistema de precatórios, por não haver orçamento que obrigasse o administrador dos Correios a cumprir o artigo 100 da Constituição, o Min. Nelson Jobim respondeu que a estatal vinha realizando um “precatório informal”, consistente no lançamento do débito a partir de recebimento de ofício de tribunal trabalhista. Assim vinha ocorrendo, ainda segundo informações do Min. Nelson Jobim, porque o Ministério de Planejamento e os órgãos responsáveis pela execução orçamentária da União não admitiam a expedição de precatórios para a ECT.²²⁶

Portanto, os precatórios contra a ECT não eram incluídos no orçamento da União, o que suscitou a questão de saber como se processariam os pagamentos devidos pela empresa estatal em virtude de sentença judiciária. A solução apontada foi a instituição de um “precatório informal”, uma espécie de réplica do sistema de pagamentos devidos pela Fazenda Pública no âmbito da empresa estatal. Por meio dessa saída, parece ter sido criado um sistema similar ao dos precatórios contra a Fazenda Pública dentro do orçamento da ECT.

²²⁶ Confira-se o diálogo entre os ministros: “O SR. MINISTROS ILMAR GALVÃO – Sr. Presidente, uma observação: diante de uma decisão dessa natureza, os credores da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ficam completamente a descoberto, porque não poderão efetuar penhora de bens e nem processar o sistema de precatórios. Não há orçamento obrigando o administrador dos Correios a cumprir o artigo 100 (...).

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM – V. Exa. fez uma observação que eu preciso contestar, que é o problema do orçamento. O que se passa – levantei isso para ver como se dava e concluí que as coisas são feitas através de um parecer dado pelo então Professor Geraldo Ataliba – é que o serviço de orçamento da União não admite precatório. O Ministério do Planejamento e os Órgãos de Planejamento da União não admitem que se expeçam precatórios para a ECT, por causa da confusão interpretativa. A ECT tem feito um precatório informal: recebe um ofício do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, que é o caso mais nítido, e faz o lançamento.

(...)

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO – A própria União não aceita o sistema de precatório.” (Trechos do RE 220.906/DF; págs. 478 e 479. “À revisão de apartes dos Srs. Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio”).

É preciso dizer que não há clareza, na decisão do STF, sobre como esse sistema improvisado de precatórios no orçamento da empresa estatal deveria operar. O tribunal se limita a apontar que os bens da estatal são impenhoráveis e que os pagamentos devem ser realizados na forma do artigo 100 da Constituição. Contudo, esse dispositivo não estabelece regras para os pagamentos de entidades estatais que não estejam incorporadas ao orçamento das pessoas políticas.

Há, desse modo, dificuldades práticas para o cumprimento da decisão do STF. Ao impedir a penhora de bens das estatais de serviços públicos e determinar que os pagamentos sejam feitos na forma do artigo 100 da Constituição, o tribunal criou um problema procedimental para as execuções contra tais empresas. A solução dada não é clara, simplesmente autorizando que o juiz da execução expeça uma ordem de pagamento contra a estatal, mas sem resolver as questões sobre como promover a execução contra tais entidades estatais. Não há disciplina normativa evidente para a hipótese criada pelo STF, porque as regras constitucionais do artigo 100 não são imediatamente aplicáveis e demandam esforço analógico do intérprete. Deste modo, a disciplina das execuções contra as empresas estatais de serviços públicos parece estar numa espécie de limbo, já que não se aplicam as normas da execução contra as pessoas em geral e nem as normas específicas da execução contra a Fazenda Pública.

Na ocasião, foram reveladas também dificuldades teóricas para a manutenção do privilégio para a empresa pública federal. As perplexidades surgiram no diálogo entre os Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Ilmar Galvão quando o primeiro, afirmando a impenhorabilidade dos bens da ECT em virtude de a estatal prestar serviço público, recebe resposta do segundo, evidenciando a penhorabilidade dos bens das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, e reforço do terceiro, destacando o ineditismo daquela situação.²²⁷

²²⁷ Confira-se o diálogo: “O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – *Data venia*, Ministro, um é serviço público; o outro, não.

(...)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, nas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, não pode haver também penhora?

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO – A Constituição é clara: ‘pessoas de direito público’. Então, estamos, a partir de hoje, nesta Sessão, decidindo que existe empresa pública de direito público.

(...)

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO – Quer dizer, o Estado cria uma empresa pública, contrata servidores e os despede quando bem entender. Agora, na hora de responder pelos débitos, não é empresa pública; mas, sim, autarquia.” (Trechos do RE 220.906/DF, pg. 480. “À revisão de apartes dos Ministros Marco Aurélio e Moreira Alves”).

A objeção levantada pelo Min. Marco Aurélio explicita o caráter de privilégio que possui a impenhorabilidade de bens, rendas e serviços da ECT, pois, se para as empresas privadas concessionárias e permissionárias de serviços públicos não se cogita da impenhorabilidade plena de seus bens (há consenso apenas para os bens afetados ao serviço públicos, que podem ser comparados com os bens reversíveis de uma concessão), não é a só circunstância de “prestar serviço público” que torna todos os bens e rendas de uma empresa impenhoráveis. O privilégio fica claro quando se constata que o STF manteve a impenhorabilidade de todos os bens da ECT, e não só dos aplicados na prestação de um serviço público.

Por sua vez, a afirmação do Ministro Ilmar Galvão também evidencia o privilégio que a corte estava validando na ocasião. Ao reafirmar que a Constituição, em seu art. 100, não dá margem a dúvidas ao instituir o sistema de precatórios às entidades de direito público, pode-se inferir que sua extensão às estatais desconsidera a personalidade jurídica de direito privado que lhes é característica essencial. Daí a afirmação contundente do Min. Ilmar Galvão de que o STF estava decidindo que existia uma “empresa pública de direito público”. O argumento é o de que o regime jurídico empresarial, por decorrer da personalidade de direito privado, não admite a satisfação de débitos declarados por sentença judiciária pela via de precatórios. É sua própria personalidade jurídica que repele a interpretação de que seus débitos deveriam ser satisfeitos nos termos do art. 100 da Constituição. A referência à “empresa pública de direito público” expôs a ilogicidade desta interpretação e levantou uma perplexidade teórica. Além disso, foi evidenciado que se estava mantendo um privilégio à ECT, já que para a generalidade das empresas nem se cogitaria criar uma forma de pagamentos análoga à dos devidos pela Fazenda Pública.

Chama atenção no julgamento a constatação de que, mesmo em votos vencedores, como nos dos Ministros Maurício Corrêa e Moreira Alves, não se considerou que a ECT integrasse a Fazenda Pública; ao contrário, tais votos esclareceram que a ECT é “pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública”²²⁸ e que “não há dúvida de que o sistema de precatório foi o adotado para a Fazenda”²²⁹. E justamente por não se considerar a estatal integrante do conceito de Fazenda Pública, foi que se interpretou extensivamente o art. 100 da Constituição para aplicá-lo às execuções de

²²⁸ A expressão consta do texto da ementa dos recursos extraordinários que compõem o caso, redigida pelo Min. Maurício Corrêa.

²²⁹ O Min. Moreira Alves assim se manifesta em seu voto (RE 220.906/DF; pg. 506).

débitos da ECT. Por isso, não é exagero afirmar que houve um certo incômodo dos ministros diante da aplicação do sistema de precatórios a uma empresa estatal.

A imunidade tributária recíproca das empresas estatais prestadoras de serviços públicos também é uma criação jurisprudencial do STF. Uma vez fixado o entendimento de que as estatais de serviços públicos não estão sujeitas à cobrança de impostos, o que foi realizado no julgamento do **Caso ECT (2004)**, o STF passou a disseminar o privilégio para outras empresas estatais. O tribunal fundamentou-o diretamente na Constituição, como decorrência de um regime necessário para as empresas estatais de serviços públicos.

Ao afirmar o privilégio, o STF incluiu uma nova categoria de beneficiários nas normas constitucionais sobre a imunidade tributária recíproca. A Constituição declara que as pessoas políticas estão protegidas da cobrança de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, que uma poderia fazer da outra (art. 150, VI, *a*). Além disso, afirmou que a imunidade recíproca se estende para impedir a tributação por impostos das autarquias e das fundações instituídas e mantidas pelo poder público, quanto ao patrimônio, renda e serviços que sejam vinculados a suas finalidades essenciais, ou que sejam delas decorrentes (art. 150, § 2º). Estas são as pessoas cobertas pela imunidade recíproca, numa enunciação constitucional que é exaustiva. Ao conceder o privilégio, a prerrogativa da imunidade recíproca é estendida para as estatais de serviços públicos, que passam a ser beneficiárias das normas constitucionais.

O texto constitucional não concede imunidade recíproca para as empresas estatais, e a interpretação que extraia tal norma pressupõe a existência de uma hipótese que nele estaria implícita. Contudo, as hipóteses de imunidade tributária recíproca significam situações de incompetência tributária, nas quais as pessoas políticas estão impedidas de cobrar impostos de determinadas entidades estatais. Por isso, sua previsão, além de ser obrigatoriamente constitucional, também deve ser, necessariamente, explícita, por envolver uma norma de competência tributária negativa. A fixação de um beneficiário da imunidade tributária recíproca implica na redução da capacidade legislativa das pessoas políticas. Assim, não podem ser entendidas como constitucionais interpretações que revelem hipóteses implícitas de imunidade, que geram uma alteração da Constituição sem a realização de um processo formal de mudança, o qual envolve a participação dos poderes executivo e legislativo.

Essa constatação já seria suficiente para evidenciar que o STF vem instituindo o privilégio da imunidade recíproca sem fundamento constitucional suficiente. Mas a

postura do tribunal é especialmente preocupante porque há, na Constituição, uma regra expressa que fixa ressalva à imunidade tributária quando há realização de serviços em que ocorra contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário (art. 150, § 3º). Nesses casos de desempenho de serviços públicos tarifados, as pessoas políticas detêm competência tributária para a cobrança de impostos de qualquer pessoa que as preste. Portanto, de acordo com a Constituição, as empresas estatais de serviços públicos podem sofrer a cobrança de impostos, porque cobram tarifas dos usuários. Ao incluir nova categoria de beneficiários da imunidade tributária recíproca, a das empresas estatais de serviços públicos, o STF concede um privilégio que é contrário a uma regra constitucional expressa.

IV.7) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal prejudica o uso da forma empresarial pelo Estado para a prestação de serviços públicos

A jurisprudência do STF vem progressivamente construindo um regime privilegiado de execução e tributação para as empresas estatais de serviços públicos, por meio da extensão de prerrogativas do Estado. Como a concessão de tais privilégios provoca um afastamento pontual do regime jurídico básico empresarial e uma aproximação gradual do regime jurídico básico das pessoas de direito público, ocorre atualmente um movimento de autarquização das empresas estatais de serviços públicos. Esse movimento pode ser explicado pela existência de uma concepção implícita na jurisprudência, pela qual as estatais de serviços públicos têm direito às prerrogativas do Estado. A partir daí é possível constatar que o STF não vê essas estatais como empresas, ao contrário das de atividade econômica.

Quando uma estatal passa a deter um regime privilegiado de execução e tributação, sua personalidade de direito privado fica mitigada. Com a totalidade dos seus bens protegida da execução e com o seu patrimônio, a sua renda e os seus serviços resguardados da tributação por impostos, essas entidades estatais se igualam, nesses aspectos, às pessoas de direito público. A permanência de outros aspectos decorrentes da sua personalidade de direito privado, como o regime trabalhista comum (celetista) e a autonomia orçamentária diante da pessoa de direito público que a controla, quando existente, coloca as empresas estatais privilegiadas em algum ponto no meio do caminho entre as empresas estatais “genuínas” e as autarquias.

Há um efeito preocupante nessa jurisprudência do STF: sua construção e alimentação prejudica a própria utilização, pelo Estado, da forma empresarial para suas

entidades. O problema ocorre especificamente no seu uso para as entidades que o Estado cria com a finalidade de, por meio delas, prestar serviços públicos. A consolidação e a constante expansão dessa jurisprudência tendem a restringir a margem de atuação dos poderes legislativo e executivo na tarefa de organização da administração pública, com possíveis efeitos negativos para a gestão pública.

O STF construiu sua jurisprudência de uma maneira rígida: definiu que as empresas estatais de serviços públicos se submetem a um regime de privilégios que é constitucional (e, portanto, prescinde de lei própria para ser aplicado a qualquer estatal de serviço público) e necessário (logo, não admite que as estatais de serviços públicos não os detenham e nem que a legislação opte por submetê-las ao regime comum de execução e de tributação). Além disso, o tribunal deu pouca atenção a uma característica essencial das empresas estatais: a de que são entidades estatais com personalidade de direito privado, por opção do Estado criador, cuja vontade foi menosprezada com a afirmação dos privilégios. Outra característica da jurisprudência é a de ter estabelecido uma relação de causa e efeito entre a inaplicabilidade da norma constitucional proibitiva de privilégios e a concessão dos privilégios para as estatais de serviços públicos.

Por conta dessa construção jurisprudencial, vem sendo dificultada a opção do Estado pelo formato de empresa, quando ele decide usá-la para a prestação de serviços públicos por meio de uma entidade sua. A dificuldade existe para a criação de uma empresa estatal de serviços públicos que o Estado pretenda submeter aos regimes ordinários de execução e tributação. A jurisprudência do STF leva à conclusão de que esta opção não se coadunaria com o regime constitucional e necessário dos privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca, que deve incidir sobre as estatais de serviços públicos.

No presente momento existe uma situação mista, em que algumas estatais de serviços públicos conseguiram acessar os privilégios, mas grande parte delas ainda não. Contudo, a tendência dessa jurisprudência é francamente expansionista, em razão da própria forma pela qual foi concebida pelo STF. Ao decidir que há um regime constitucional de privilégios, que se apresenta como necessário para as estatais de serviços públicos, o tribunal propiciou as condições para que as outras empresas que assim possam ser qualificadas busquem no judiciário a constituição de privilégios. Por isso, há um viés de crescimento do número de empresas estatais privilegiadas.

É necessário perceber que o ato de criação de uma empresa estatal para a prestação de um serviço público contém, em si, uma opção do Estado pela utilização do

direito privado como o conjunto de regras básicas regentes da vida da pessoa jurídica. É esse o significado da escolha feita pela personalidade de direito privado. Se o Estado pretendesse prestar o serviço em questão por uma pessoa de direito público, teria concebido, para tanto, uma autarquia. Se buscasse um prestador no setor privado, teria concedido o serviço público. A escolha do Estado é prenhe de significado e interfere diretamente no modo de realização de uma política pública.

Se o Estado decide adotar a forma empresarial para a prestação de um serviço que é de sua titularidade, esta opção não pode ser relativizada pelo STF a ponto de a empresa estatal ser descaracterizada. É preciso dar valor à vontade estatal contida no ato de criação da nova pessoa jurídica, e não menosprezá-la como um fator de segunda importância. As empresas estatais surgem num processo de descentralização que lhes concede autonomia para o cumprimento de uma missão social, e nascem sujeitas a um regime jurídico empresarial, comum a quaisquer empresas, do setor privado ou estatal. Para esta constatação, é indiferente atentar para a sua atuação; uma empresa pode servir a diversos fins, mas é a lógica empresarial que guia o seu cotidiano e as suas relações jurídicas com acionistas, sócios, fornecedores, consumidores, empregados e orienta a sua postura perante a comunidade em que atua.

O fato de uma empresa estatal prestar serviços públicos não muda a natureza jurídica de direito privado da sua personalidade. É um equívoco supor que a atividade desempenhada pela empresa estatal interfira na sua personalidade de direito privado, porque a prestação do serviço público não transfere à empresa prerrogativas que são do Estado, não obstante o serviço público em si possua proteções especiais, seja ele prestado por empresa do setor privado ou estatal. A prestação de serviço público é, então, um aspecto irrelevante, que não pode ser usado para descaracterizar a personalidade jurídica de direito privado das empresas estatais.²³⁰

Contudo, o STF usa o argumento de proteção dos serviços públicos para estender prerrogativas do Estado às empresas estatais que os prestam, o que leva à modificação de algumas de suas características de pessoa de direito privado. Assim, a corte afasta para as estatais de serviços públicos privilegiadas um dos traços essenciais do regime jurídico básico empresarial, que é o do uso do seu patrimônio para o

²³⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello afirma, em relação às sociedades de economia mista: “Donde não restar qualquer dúvida de que são pessoas jurídicas de direito privado, disciplinadas basicamente pelo direito comercial, sendo, *quanto a este aspecto*, irrelevante o fato de ‘explorarem atividade econômica’ propriamente dita ou desempenharem serviços públicos de natureza industrial ou comercial.” (*Ob. Cit.*; pg. 96, grifo constante do original).

cumprimento de suas obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Quando julga um conflito derivado do descumprimento de uma dessas espécies de obrigação por uma estatal de serviço público, o tribunal lhe concede o privilégio como se estivesse diante de uma pessoa de direito público. Há, desse modo, um processo de descaracterização das empresas estatais de serviços públicos com a afirmação dos privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca.

A jurisprudência do STF restringe a margem que o Estado possui na utilização da forma empresarial para suas entidades. Mas a Constituição permite ao Estado que, no exercício de organizar a administração pública, submeta entidades que crie a um regime predominantemente de direito privado, atribuindo-lhes a personalidade de direito privado. A criação de uma empresa estatal é uma tarefa de organização administrativa, que deve ser autorizada por lei específica e que envolve uma conjunção de atos do poder executivo e do poder legislativo (CF/88, art. 37, XIX c/c art. 61, § 1º, II, e). Ao conceber e fomentar uma jurisprudência pela qual as empresas estatais de serviços públicos estão sujeitas a um regime, necessário e constitucional, de privilégios de execução e tributação, o STF acaba por restringir a possibilidade de os poderes executivo e legislativo submeterem tais entidades ao regime ordinário de execução e tributação.

Desse modo, essa jurisprudência impacta negativamente na atividade do Estado de organização da administração pública, que vê limitadas suas possibilidades de recorrer ao direito privado como regime predominante para as estatais de serviços públicos. Torna-se mais dificultoso implementar métodos de gestão pública que demandam diferenciação de formas e regimes jurídicos das entidades estatais.²³¹ O

²³¹ Humberto Falcão Martins e Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior destacam a importância, para a gestão pública, da diferenciação de regimes jurídicos entre as diversas entidades estatais: “Na base da relativa rigidez do núcleo operacional – e, por extensão do suporte administrativo, que também é operacional – está uma plêiade de problemas e de limitações à autonomia e à flexibilidade operacionais. Estas decorrem de limitações nos modelos institucionais e na regulamentação administrativa típica do setor público e nas dificuldades de gestão de parcerias via integração em redes instáveis e semirregulamentáveis. Primeiramente, os modelos disponíveis na legislação de instituições públicas estatais, tais como órgãos da administração direta, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e serviços sociais autônomos, não oferecem mais praticamente nenhuma diferenciação de autonomia ou flexibilidade operacional, o que discrepa até dos cânones doutrinários do Direito Administrativo. Também impõem uma padronização que alcança, não raro, o próprio desenho organizacional, a partir não apenas de tradições e modismos, mas da necessidade de existência de certos tipos de unidades-padrão, muitas das quais são partes setoriais ou seccionais de sistemas administrativos centrais. Todo tipo de entidade estatal, e, de resto, parceiros não-governamentais que recebem dinheiro público, está indistintamente – com raras exceções, aplicáveis mais às empresas públicas e sociedades de economia mista – abrigado sob o pesado e incapacitador manto regulamentar administrativo do setor público. Este quadro torna secundário o problema de haver, no núcleo operacional, órgãos da administração direta voltados à prestação de serviços porque, na prática, seu grau de autonomia e de

efeito da jurisprudência é induzir a uma gradual unificação de regimes jurídicos das diversas entidades que compõem a administração pública.

Iniciativas que procurem introduzir diversidade de formas e opções organizacionais da administração pública tendem a ser prejudicadas por essa jurisprudência do STF. O problema surge diante do Anteprojeto de Lei para a Reforma da Organização Administrativa Brasileira – APLORG, que contém normas que sujeitam as empresas estatais ao regime jurídico próprio das pessoas de direito privado quanto, entre outros, ao pagamento e execução de seus créditos e débitos, e aos direitos e obrigações tributários (art. 21)²³²; e que determinam, nas execuções contra as empresas estatais, a realização de penhora na forma do artigo 678 do Código de Processo Civil, em montante que não prejudique a continuidade de suas atividades e nem torne indisponíveis os bens insubstituíveis e indispensáveis à atividade pública (art. 25)²³³. O APLORG é uma lei quadro para a organização administrativa, que fornece opções para que o Estado decida sobre a melhor forma de cumprimento de suas funções e realização de suas atividades.²³⁴⁻²³⁵ Tais características do regime jurídico das empresas estatais

flexibilidade é igual ao dos órgãos da administração indireta, que deveriam estar, por definição, servindo de modelo para tais funções operacionais implementadoras – embora recentes iniciativas de autarquização de empresas públicas, por razões tributárias agravem ainda mais este quadro. (...) O que está claro do ponto de vista das teorias que definem e explicam os requisitos atuais da boa governança e da experiência brasileira é a necessidade de diferenciação (formas e regimes) de organizações para lidar com contextos complexos de políticas públicas (condições instáveis e diferenciadas de identificação e atendimento de demandas, que poderá contar com múltiplos e dinâmicos arranjos multi-institucionais, envolvendo entes estatais, privados, comunitários, internacionais etc.). A tendência à diferenciação é irresistível. A alternativa é tentar organizá-la, regulá-la e orientá-la ou deixar que ela siga padrões erráticos, com desequilíbrios entre autonomia e regulação. A equação é: complexidade → diferenciação → autonomia → controle (regular e inserir autonomia). Em razão da natureza peculiar dos problemas e soluções, distintos entes podem alternar funções e demandar distintos requisitos funcionais para desempenhar de forma ótima.” (*Ob. Cit.*; págs. 266, 267 e 275, grifei).

²³² Assim redigido: “Art. 21. Em sua gestão e atuação, a entidade estatal de direito privado deve atender à sua lei específica e, observado o disposto nesta Seção, sujeita-se ao regime jurídico próprio das pessoas jurídicas de direito privado, inclusive quanto à remuneração do pessoal; quanto ao pagamento e execução de seus créditos e débitos; e, ainda, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. § 1º No exercício de suas atividades-fim, a entidade estatal de direito privado está sujeita aos regimes jurídicos que lhe são próprios. (...)” (MODESTO, Paulo (coord.). *Ob. Cit.*; pg. 326).

²³³ Que tem a seguinte redação: “Art. 25. Nas execuções e no cumprimento de sentenças em face de entidade estatal de direito privado, a penhora deve ser feita na forma do art. 678 do Código de Processo Civil, vedada a penhora sobre a renda em montante que inviabilize a continuidade das atividades em execução. Parágrafo único. A penhora não pode atingir os bens insubstituíveis e comprovadamente indispensáveis à execução material de atividade pública; mas sobre esses bens pode ser instituído usufruto em favor do exequente, na forma do art. 716 e seguintes do Código de Processo Civil, assegurando-se à executada direito ao arrendamento compulsório, cujas condições serão fixadas pelo juiz, fazendo-se em juízo o depósito mensal do valor respectivo.” (MODESTO, Paulo (coord). *Ob. Cit.*; pg. 329).

²³⁴ Carlos Ari Sundfeld destaca o compromisso do APLORG com a construção de uma organização estatal policêntrica: “2.2 A necessidade de novos modelos de organização para a Administração no Brasil. Além de toda essa preocupação com a clareza conceitual, necessária a um tratamento jurídico adequado – e também claro – das situações distintas, o anteprojeto assume algum compromisso com modelos de organização para a Administração Pública no Brasil? A resposta é positiva. Quanto a isso, a preocupação

prescritas pelo APLORG poderiam ser objetadas por alguém que suscite a jurisprudência do STF. Por isso, é preocupante o rumo tomado pela jurisprudência do STF, que pode vir a impedir o uso de formas de direito privado por entidades estatais.

Mas não há, ao contrário do que se poderia imaginar, uma preocupação maior dessa jurisprudência quanto ao melhor meio de conformação do regime jurídico das empresas estatais de serviço público. As decisões do STF simplesmente acolhem e fomentam uma tese jurídica que menospreza o caráter empresarial das estatais de serviços públicos, que acabam sendo vistas e tratadas como pessoas de direito público.

A jurisprudência veicula uma interpretação constitucional que dificulta a adoção, pelo Estado, de uma variedade de formas organizacionais para a prestação de serviços públicos. O prejuízo está nas crescentes restrições ao uso da forma empresarial para as

do anteprojeto é, de um lado, viabilizar a construção de uma organização estatal policêntrica e, de outro, melhorar o regime da relação entre o Estado e as entidades não estatais de colaboração. No tocante ao primeiro aspecto, o anteprojeto embute uma crítica à recorrente tendência brasileira de centralização, unificação e hierarquização de toda a Administração Pública, tanto Direta quanto Indireta. A proposta, portanto, é reverter esse quadro, viabilizando a existência de entidades verdadeiramente autônomas no interior do Estado. (...) Na vida cotidiana, a Administração brasileira jamais se afastou do modelo bonapartista, de inspiração militar, com suas características de centralização e de hierarquização. A interpretação e a aplicação que se tem dado às normas constitucionais e legais sempre procuraram impedir, tanto quanto possível, a criação de múltiplos centros de decisão e de poder na Administração. Muitas têm sido as justificativas para isso, como a suposta necessidade de dar, às autoridades eleitas, poderes absolutos sobre toda a máquina estatal, de controlar os gastos públicos e de evitar irregularidades nos vários braços do Estado. *O resultado disso tudo é que, na realidade, entidades da Administração Indireta têm sido tratadas, em muitas questões relevantes, de modo equivalente aos órgãos da Administração Direta.* As soluções do anteprojeto, sem conterem qualquer rompimento radical, procuram porém contribuir para a reversão dessa tendência. A mensagem é esta: não faz sentido querer tratar toda a Administração Pública como uma unidade, é importante permitir que ela se organize com muitos centros, dotados de graus variados de autonomia, com meios próprios de controle”. E, comentando os artigos 21 e 25 do APLORG, sustenta: “O ponto de partida dessa unificação foi o art. 21, claramente inspirado no art. 173, § 1º, II, da Constituição. Empresas estatais e fundações estatais privadas sujeitam-se, em princípio, ao regime e aos direitos e obrigações *próprios das pessoas jurídicas de direito privado*, em matéria civil, comercial e trabalhista (art. 21, *caput*). Também em matéria de execução judicial de suas dívidas o anteprojeto quer garantir a incidência do regime comum, *vedando expressamente a extensão, às entidades estatais privadas, dos privilégios da Fazenda Pública, que vem sendo feita pela jurisprudência.* É esse o objetivo do art. 25.” (“Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais” in MODESTO, Paulo (coord.). *Ob. Cit.*; págs. 59, 60 e 63, grifei).

²³⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que coordenou a comissão de juristas que elaborou o APLORG, narra o objetivo do grupo quanto ao regime jurídico das empresas estatais: “Outro objetivo da Comissão foi o de definir de forma mais adequada o regime jurídico das entidades estatais de direito privado (fundações estatais, empresas públicas, sociedades de economia mista e consórcios públicos), imprimindo-lhes características compatíveis com a sua natureza jurídica e com o tipo de atividade que exercem. Com efeito, *é irrazoável separar as entidades da Administração indireta em duas grandes categorias – as que têm personalidade jurídica de direito público e as que têm personalidade jurídica de direito privado – e dar-lhes praticamente a mesma configuração jurídica, como ocorre atualmente.* Estabeleceu-se regime jurídico uniforme para todas as entidades de direito privado que integram a Administração indireta, suprimindo-se, inclusive, omissão do legislador quanto ao regime jurídico de direito privado referido no art. 173, § 1º, II, da Constituição e quanto à observância dos princípios da Administração Pública no que diz respeito à licitação e contratação, conforme exigido pelo inciso III do mesmo dispositivo constitucional.” (“Transformações da organização administrativa. Diretrizes, relevância e amplitude do anteprojeto” in MODESTO, Paulo (coordenador). *Ob. Cit.*; pg. 22, grifei).

entidades estatais que prestam serviços públicos. Por impor para as estatais de serviços públicos um regime de privilégios constitucional e necessário de execução e de tributação, o STF mitiga suas características empresariais. Ao aproximar o regime jurídico das estatais de serviços públicos do das autarquias, o tribunal afasta, ao menos parcialmente, a solução empresarial para a prestação de serviços públicos pelo Estado.

Essa constatação faz supor que o tribunal entenda que a prestação de serviços públicos é incompatível com o regime jurídico empresarial. Daí que não poderia ser realizada por genuínas empresas. Contudo, a tendência legislativa é contrária, procurando cada vez mais intensificar o uso da forma empresarial para a prestação de serviços públicos. Nesse sentido encontram-se as leis que disciplinam a concessão de serviços públicos para empresas do setor privado (como a Lei 8.987/95, a Lei de Concessões e a Lei 11.079/04, a Lei de Parcerias Público-Privadas) e também as que prevêm a contratação de empresas estatais integrantes de outras esferas federativas para a prestação de serviços públicos (como a Lei 11.107/05, a Lei de Consórcios Públicos).

Essa jurisprudência do STF tem um efeito de comprimir o espaço da legislação ordinária para a definição do regime jurídico das empresas estatais que prestam serviços públicos. Ao extrair os privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca diretamente da Constituição e torná-los necessários, o STF impôs um obstáculo para a atuação do legislador. Este modo de julgar da corte traz dificuldades para a tarefa de organização administrativa, limitando a opção de uso de empresas estatais para a prestação de serviços públicos. Em tal matéria, que envolve uma ampla gama de complexos fatores administrativos, seria mais prudente que a corte adotasse uma postura contrária, a qual garantisse maior espaço para a legislação ordinária conformar o regime jurídico das empresas estatais de serviços públicos.

V – Conclusão

Após a obtenção dos resultados da pesquisa, que foram expostos já na introdução, o presente capítulo tem a finalidade de apontar alternativas para lidar com a crise no modelo jurídico da empresa estatal e sugerir algumas propostas para a resolução dos problemas detectados.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre privilégios das empresas estatais de serviços públicos iniciou um momento de crise na utilização do formato empresarial pelo Estado. Os regimes privilegiados de execução e de tributação ainda estão restritos a algumas empresas estatais prestadoras de serviços públicos, mas há uma tendência de expansão para outras estatais que assim possam ser qualificadas perante o poder judiciário. Lembre-se que a jurisprudência do STF não é rigorosa com o conceito de empresa estatal de serviço público, tendendo a considerar como tal qualquer empresa que não explore atividade econômica em concorrência com empresas do setor privado, ou seja, que realize alguma forma de atividade pública. A existência de um entendimento consolidado no STF é um forte estímulo para que as empresas estatais procurem obter privilégios por meio de declaração judicial, não só naquele tribunal, mas em todo o poder judiciário.

Esse movimento de busca por privilégios diretamente no judiciário tende a ser bem sucedido, pela maneira como a jurisprudência do STF está estruturada. Conforme for aumentando o número de estatais com acesso aos regimes privilegiados de execução e tributação, mais se intensificará o processo de autarquização das estatais de serviços públicos. Deste modo, cada vez mais terá diminuído o seu valor a opção do Estado pela constituição da entidade como empresa, num ato complexo que exige a conjunção de vontades dos poderes executivo e legislativo.

Esse cenário conduz à questão de como lidar com os problemas decorrentes do processo de autarquização das empresas estatais. Há saída para a crise instalada no modelo jurídico da empresa estatal? Esse processo é reversível? Quais são as alternativas institucionais que se apresentam para a viabilização do uso pleno do formato empresarial pelo Estado, com a preservação dos aspectos operacionais e de funcionamento regidos pelo direito privado?

A saída da crise na utilização do formato empresarial pelo Estado passa, inevitavelmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda que ocorra um movimento contrário ao processo de autarquização por iniciativa dos poderes legislativo e

executivo, a solidificação do entendimento do STF por meio de sua jurisprudência induz à necessidade de convencimento dessa corte, sob pena de invalidação das normas legais que venham a ser criadas, e mesmo de novas normas constitucionais que surjam por força do poder constituinte derivado. Nesse contexto, colocam-se, a princípio, três alternativas para conter a crise no modelo jurídico da empresa estatal: i) o abandono, pelo STF, da jurisprudência que afirma privilégios para as empresas estatais de serviços públicos; ii) a paralisação, pelo STF, do movimento de expansão dos privilégios para outras empresas estatais de serviços públicos por meio da jurisprudência, sua e de outros tribunais; iii) a formação de um movimento contrário à jurisprudência do STF, pelos poderes legislativo e executivo, pela criação de normas legais e constitucionais que afastem os privilégios das empresas estatais e compatibilizem o uso do formato empresarial pelo Estado com as necessidades decorrentes do regime peculiar de prestação dos serviços públicos, com o simultâneo convencimento do STF sobre a constitucionalidade dessa solução legislada.

A *primeira alternativa* é o abandono da jurisprudência afirmativa de privilégios para as empresas estatais de serviços públicos. Essa opção só pode ser implementada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, não só porque foi lá que se concebeu essa corrente jurisprudencial, mas também porque nenhum outro órgão judicial pode revisar as suas decisões. Tal estratégia é consentânea com as atribuições desse tribunal, cuja missão é a de guardar a Constituição, vocalizando suas normas, interpretando o seu texto para a solução de conflitos que envolvem questões constitucionais e emitindo entendimentos vinculantes para o poder judiciário e a administração pública por meio de súmulas (CF/88, arts. 102, 103 e 103-A).

Não obstante haja dificuldades práticas decorrentes da modificação de um entendimento já consolidado pelo tribunal, essa é uma solução viável e a que se mostra como saída mais próxima para resolver a crise instalada pela própria corte. Por meio dela, o STF reverteria o processo de autarquização das empresas estatais de serviços públicos a que deu início. O abandono da jurisprudência induziria à superação da crise no modelo jurídico da empresa estatal. A história do STF conhece muitos casos em que a sua jurisprudência foi revertida com o objetivo de aprimorar o tratamento da matéria, numa evolução de posicionamento que o tribunal entendeu necessária.

Para que essa saída seja viável, é essencial que o STF seja convencido de sua necessidade. Para tanto, podem colaborar futuros problemas que deverão ser apreciados pela corte, que deverão surgir como decorrências da própria jurisprudência que

concebeu. A lógica da autarquização das empresas estatais de serviços públicos encampada pela jurisprudência da corte deverá ter como consequência, de um lado, o enfrentamento de questões surgidas dos privilégios já concedidos, e, de outro, a busca, pelas estatais, de novos privilégios, a partir da extensão de prerrogativas do Estado.

Nessa primeira ordem de tais problemas, surgirão questões sobre como aplicar as regras dos privilégios que o STF afirmou para empresas estatais de serviços públicos. Em relação à impenhorabilidade de bens, como proceder à execução “nos termos do artigo 100 da Constituição Federal” em relação às empresas estatais que não integram o orçamento das pessoas de direito público que as controlam, ou seja, que são empresas estatais não dependentes? Devem ser emitidos precatórios para os pagamentos devidos por essas empresas estatais? Os pagamentos devem observar uma ordem cronológica? Devem ser diferenciados os débitos de natureza alimentícia de outros? Aplicam-se as regras de parcelamento recentemente introduzidas na Constituição por meio da Emenda Constitucional 62/2009? Quanto à imunidade tributária recíproca, a regra de proteção das estatais de serviços públicos à incidência de impostos permanecerá mesmo quando elas explorarem atividades econômicas em concorrência com a iniciativa privada?

Na segunda ordem de tais problemas, deverão ser pleiteados privilégios processuais, resultantes da extensão das prerrogativas processuais da Fazenda Pública para as empresas estatais de serviços públicos. Encontram-se dentre tais normas as que garantem prazos maiores para a realização de atos processuais e as que fixam duplo grau obrigatório de jurisdição contra sentenças contrárias. Dentro da mesma lógica de autarquização, podem ser pleiteados pelas estatais direitos ligados ao uso das regras de execução fiscal, que também são próprias das pessoas de direito público. Há muitas possibilidades de intensificação do processo de autarquização, que conduziria a uma aproximação crescente dos regimes jurídicos das empresas estatais e das autarquias, o que levaria, no limite, à identificação plena entre as duas figuras administrativas e a perda completa de sentido de sua diferenciação.

Esses conjuntos de problemas podem ajudar a sensibilizar a corte para uma possível reversão da jurisprudência que afirma privilégios para as empresas estatais. Mas além deles, é essencial numa tarefa de convencimento do tribunal, que sejam apresentadas as consequências negativas que essa jurisprudência traz para a organização administrativa e para a própria prestação de serviços públicos pelo Estado. Para a adoção dessa alternativa, a corte deve ser convencida de que a crise no modelo jurídico

da empresa estatal pode trazer repercussões negativas para o Estado e para a sociedade, porque só o próprio STF pode reverter a sua jurisprudência.

A *segunda alternativa* é a de o STF paralisar o movimento atual de expansão dos privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca para outras empresas estatais de serviços públicos por meio da jurisprudência, sua e de outros tribunais, assim como deixar de afirmar outros privilégios que venham a ser pleiteados pelas estatais. Esse caminho não reverteria o atual processo de autarquização das estatais de serviços públicos iniciado pelo próprio tribunal, mas teria a virtude de evitar que ele se alastrasse por outras empresas estatais que ainda não acessaram o regime de privilégios, como a atual tendência expansionista manifestada pela jurisprudência do STF indica que irá acontecer. Não seria, assim, resolvida a crise instalada no modelo jurídico da empresa estatal, mas ao menos seriam impedidos os seus efeitos mais alarmantes. Para a adoção dessa alternativa que, assim como a primeira, só cabe ao STF, é preciso convencer a corte das dificuldades que a sua jurisprudência causa à organização administrativa, com possíveis impactos negativos na prestação de serviços públicos pelo Estado para a sociedade.

A *terceira alternativa* consiste na edição de novas normas legais e constitucionais contrárias à jurisprudência do STF, que afastem os privilégios das empresas estatais e compatibilizem o uso do formato empresarial pelo Estado com as necessidades decorrentes do regime peculiar de prestação dos serviços públicos. Tais normas surgiriam no bojo de um movimento encampado pelos poderes executivo e legislativo, que procuraria alternativas contrárias à jurisprudência afirmativa de privilégios das empresas estatais de serviços públicos. O intuito das normas seria o de garantir que os serviços públicos sejam protegidos de interferências que os prejudiquem sem que essa proteção se transforme num privilégio para as empresas estatais que os prestem. Como tais normas, legais ou mesmo constitucionais, ficariam sujeitas à apreciação do STF, seria necessário convencer a corte da constitucionalidade dessa solução legislada, assim como da sua conveniência para uma melhor organização administrativa e para o aprimoramento da prestação de serviços públicos pelo Estado.

Essa alternativa surge da necessidade de enfrentamento dos problemas decorrentes da afirmação dos privilégios das empresas estatais de serviços públicos. Há dificuldades derivadas da jurisprudência do STF, que autorizam os poderes executivo e legislativo, cada qual em seu âmbito de atribuições, a atuarem de modo a resolvê-las ou minimizá-las. Um caminho para isso é a edição de novas normas legais e constitucionais

que compatibilizem a proteção constitucional dada ao serviço público (e não às empresas estatais que os prestam) com o formato empresarial das estatais.

Em relação ao privilégio da impenhorabilidade de bens, há problemas de satisfação dos credores das empresas estatais, que ficam sem meios de promover uma execução judicial no regime jurídico comum e mesmo sem ter como recorrer ao sistema constitucional de execução contra a Fazenda Pública. Também é possível levantar a hipótese de que existam prejuízos para as próprias empresas estatais privilegiadas, que podem vir a ter dificuldade de obter financiamentos e empréstimos em razão da indisponibilidade de seu patrimônio. Além disso, também é plausível imaginar que a prestação de serviços à estatal, por terceiros, tenha seus preços elevados por ela ter direito à impenhorabilidade de seus bens.

Tais problemas poderiam ser resolvidos com a proposta, feita pelo Anteprojeto de Lei para Reforma da Organização Administrativa Brasileira – APLORG, de determinar que, nas execuções e no cumprimento de sentenças contra as empresas estatais, a penhora ocorra na forma do artigo 678 do Código de Processo Civil, vedada a penhora sobre a renda em montante que inviabilize a continuidade das atividades em execução e a penhora que atinja os bens insubstituíveis e comprovadamente indispensáveis à execução material da atividade pública, sendo possível que sobre esses bens seja instituído usufruto em favor do exeqüente, na forma dos artigos 716 e seguintes do Código de Processo Civil, garantido à executada o direito ao arrendamento compulsório, com condições fixadas pelo juiz e depósito mensal em juízo do valor respectivo (APLORG, art. 25 e parágrafo único). Deste modo é possível obrigar que as empresas estatais realizem os pagamentos de seus débitos com seu próprio patrimônio, e ao mesmo tempo, assegurar a continuidade de suas atividades. Trata-se de uma proposta que incentiva a autonomia da empresa perante a administração direta ao obrigá-la a satisfazer seus débitos perante terceiros.

Uma outra solução, que tenderia a resolver os problemas apontados quanto ao privilégio da impenhorabilidade de bens, seria a criação de normas legais que fixassem critérios claros de afetação dos bens das empresas aos serviços públicos por elas desempenhados. A jurisprudência do STF adota um critério muito amplo de afetação dos bens das estatais aos serviços públicos que a elas são acometidos, o que faz com que a proteção da impenhorabilidade de bens acabe por resguardar todo o patrimônio de tais empresas. Uma atitude legislativa contrária, que partisse para a definição de critérios de afetação dos bens ao serviço público, poderia evitar a concessão do privilégio e

propiciar maior segurança à própria prestação do serviço público. Tal medida prestigiaria de fato o serviço público – e não as empresas estatais prestadoras, como vem fazendo a jurisprudência do STF – e forneceria importantes balizas decisórias para o poder judiciário e o próprio STF. A fixação de critérios para situações de afetação de bens de empresas prestadoras aos serviços públicos seria medida que colaboraria para que o poder judiciário como um todo satisfizesse os interesses creditícios de terceiros sem prejudicar a prestação de serviços públicos.

Os problemas apontados poderiam ser minimizados por uma outra solução legislativa, que modifique o artigo 730 do Código de Processo Civil para incluir as empresas estatais prestadoras de serviços públicos no regime de execução contra a Fazenda Pública. Desse modo, ao regular a aplicação do artigo 100 da Constituição Federal às empresas estatais de serviços públicos, ganhariam disciplina expressa situações de execução que atualmente não possuem um procedimento claro.

Quanto ao privilégio da imunidade tributária recíproca, os problemas se ligam aos efeitos da ausência de tributação sobre empresas que geram riqueza, aos impactos sobre a receita tributária dos entes federativos e à transferência de custos das empresas estatais privilegiadas para os demais entes federativos e para toda a sociedade.

A tributação surge para satisfazer a demanda por recursos de entidades estatais que não geram riqueza. Esse é o sentido da tributação, que está refletido no § 3º do artigo 150 da Constituição, que exclui da proteção da imunidade recíproca as entidades estatais que geram riqueza com a exploração de atividades econômicas ou com a prestação de serviços públicos econômicos. As empresas estatais são centros econômicos do Estado, que produzem riqueza, mesmo quando prestam serviços públicos tarifados, o que torna sem sentido que possam desfrutar da imunidade tributária recíproca. Sua situação é muito diferente, por exemplo, de um tribunal, que é um órgão estatal que realiza uma atividade pública, mas que não gera riqueza.

Outro problema é o do impacto federativo que essa jurisprudência do STF implica. Quando o privilégio da imunidade tributária recíproca é afirmado para uma empresa estatal, a consequência é a diminuição da arrecadação tributária dos entes federativos que não são seus controladores. Assim, quando um deles decide prestar um serviço público de sua titularidade por meio de empresa estatal, essa opção causa um impacto nas receitas tributárias dos outros entes federativos. Há, dessa forma, um problema federativo na prestação dos serviços públicos por meio de empresa estatal, em que a escolha de um ente prejudica os demais.

Um terceiro problema é o da transferência de custos das empresas estatais privilegiadas. Quando é afirmado o privilégio da imunidade tributária recíproca para uma empresa estatal, os custos que ela teria para arcar com o pagamento dos tributos acaba por ser transferido para os demais entes federativos, que não o seu controlador, e para toda a sociedade. Trata-se de uma consequência imediata da imunidade obtida pela empresa estatal. Para exemplificar, quando é garantido esse privilégio à ECT, os Estados membros ficam impedidos de cobrar o IPVA sobre sua frota de veículos, de modo que os custos de seu pagamento acabam sendo arcados pelo Estado e, indiretamente, pela sociedade.

Tais problemas só poderiam ser resolvidos por meio da criação de novas normas constitucionais, que fixassem uma proibição expressa à fruição da imunidade tributária recíproca pelas empresas estatais. Essa regra já decorre do § 3º do artigo 150 do texto constitucional, quando admite a cobrança de impostos das entidades estatais que exploram atividades econômicas ou que prestam serviços públicos econômicos. Contudo, em razão da jurisprudência do STF que afirma esse privilégio para as estatais de serviços públicos, torna-se necessária a realização de uma reforma constitucional para incluir, no texto do § 3º do artigo 150, a referência expressa às empresas estatais.

Essa terceira alternativa ressalta um importante aspecto de relação institucional entre o STF e os poderes legislativo e executivo. Na medida em que esses poderes iniciem um movimento contrário à jurisprudência consolidada do STF, será necessário mostrar à corte a importância e a necessidade das alterações legislativas e constitucionais propostas. A corte precisará ser convencida de que a solução legislada é compatível com a Constituição e que é conveniente para uma melhor organização administrativa do Estado, com impactos positivos na prestação de serviços públicos pelo Estado. Para tanto, a atitude recomendável não é a de enfrentamento ou de disputa entre os poderes, mas a de um diálogo institucional que propicie uma evolução permanente na disciplina da matéria. Com boas razões, tudo indica que será possível convencer a corte da necessidade de abandono da jurisprudência que causa crise no modelo jurídico da empresa estatal.

Por fim, é importante deixar claro que a crítica aqui realizada não tem por fim questionar a proteção aos serviços públicos sustentada pelo STF. A crítica é feita contra a forma de protegê-lo, que criou privilégios para as empresas estatais que deturpam o seu caráter empresarial e prejudicam a própria utilização da forma empresarial pelo Estado. A melhoria da qualidade dos serviços públicos oferecidos à sociedade passa

pela possibilidade de o Estado escolher o melhor meio para prestá-los, valendo-se de um leque de possibilidades para aplicação em contextos distintos. A opção pela prestação de um serviço público por meio de empresa estatal é uma das possibilidades que o Estado deve ter ao seu alcance, sem prejuízo de outros que se mostrem mais adequados para a situação concreta. Para tomar essa decisão, própria de formulação de uma política pública, o Estado deve ter a preocupação, sobretudo, com a qualidade dos serviços oferecidos, que depende das melhores escolhas sobre o meio para prestá-lo.

BIBLIOGRAFIA

Referências bibliográficas citadas no texto

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. “Natureza essencial das sociedades de economia mista e empresas públicas: conseqüências em seus regimes” in *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2009; págs. 329 a 338.

_____. “Sociedades de economia mista, empresas públicas e o regime de direito público” in *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2009; págs. 339 a 349.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo. Volume I – Introdução*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 7º volume, arts. 170 a 192. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo, Atlas, 2009.

_____. “Transformações da organização administrativa. Diretrizes, relevância e amplitude do anteprojeto” in MODESTO, Paulo (Coordenador). *Nova organização administrativa brasileira – estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte, Fórum e IBDP, 2009.

GALGANO, Francesco. *História do Direito Comercial*. Lisboa, Editores, 1980.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 7ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado” in OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coordenadores). *Direito Administrativo – estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006; págs. 575 a 604.

MARTINS, Humberto Falcão e CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. “Organização governamental – problemas e soluções em perspectiva conceitual e da administração pública brasileira” in MODESTO, Paulo (Coordenador). *Nova organização administrativa brasileira – estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte, Fórum e IBDP, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

MODESTO, Paulo (Coordenador). *Nova organização administrativa brasileira – estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte, Fórum e IBDP, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. “A submissão das empresas estatais ao direito privado: uma definição histórica do STF” in *Boletim de Direito Administrativo – BDA n.º 5*. São Paulo, NDJ, maio 1995; págs 286 a 290.

_____. “A participação privada nas empresas estatais” in SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2002; págs. 264 a 285.

_____. “Introdução às Agências Reguladoras” in SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2002; págs. 17 a 38.

_____. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed., 4ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 2003.

_____. “Como reformar as licitações?” in *Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público n.º 54*. Belo Horizonte, Fórum, março/abril 2009.

_____. “Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais” in MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização administrativa brasileira – estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte, Fórum e IBDP, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari e SOUZA, Rodrigo Pagani de Souza. “A superação da condição de empresa estatal dependente” in OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coordenadores). *Direito Administrativo – estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari e SOUZA, Rodrigo Pagani de Souza, “Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério” in *Revista de Direito Administrativo* n° 245. Rio de Janeiro, Atlas e FGV Direito Rio, maio/agosto 2007; págs. 13 a 30.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de; PINTO, Henrique Motta. “Regime jurídico das fundações governamentais” in SUNDFELD, Carlos Ari e MONTEIRO, Vera (Coordenadores). *Introdução ao Direito Administrativo – Série GVlaw*. São Paulo, Saraiva e DireitoGV, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari e MONTEIRO, Vera (Coordenadores). *Introdução ao Direito Administrativo – Série GVlaw*. São Paulo, Saraiva e DireitoGV, 2008.

UREBA, Alberto Alonso. *La empresa publica - aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*. Madrid, Editorial Montecorvo, 1985.

Outras referências bibliográficas consultadas

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. “Empresas estatais e o controle pelos Tribunais de Contas” in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* n° 23. Belo Horizonte, Fórum, julho-setembro 2008; págs. 9 a 40.

ATALIBA, Geraldo. “Sabesp – serviço público – delegação a empresa estatal – imunidade a impostos – regime de taxas” in *Revista de Direito Público* n° 92. São Paulo, Revista dos Tribunais, outubro-dezembro 1989; págs. 70 a 95.

ATALIBA, Geraldo. “Patrimônio administrativo – empresas estatais delegadas de serviço público – regime de seus bens – execução de suas dívidas” in *Revista Trimestral de Direito Público* n° 7. São Paulo, Malheiros, 1994; págs. 21 a 40.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO - CLAD. *Las empresas estatales em America Latina*. Caracas, Arte, 1979.

CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. *Privatizacion de la empresa publica y post privatizacion - analisis juridico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. “Reforma do Estado e Direito Concorrencial” in SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2002; págs. 190 a 199.

_____. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid, Civitas, 1997.

FÉRES, Marcelo Andrade. “O Estado empresário: reflexões sobre a eficiência do regime jurídico das sociedades de economia mista na atualidade” in *Revista de Direito do Estado* n° 6. Rio de Janeiro, Renovar, abril-junho 2007; págs. 269 a 290.

GRAU, Eros Roberto. “Empresas estatais ou Estado empresário” in BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (org). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986; págs. 101 a 119.

_____. “Execução contra estatais prestadoras de serviço público” in *Revista Trimestral de Direito Público* n° 7. São Paulo, Malheiros, 1994; págs. 97 a 103.

JUSTEN FILHO, Marçal. “Empresas estatais e a superação da dicotomia ‘prestação de serviço público/exploração de atividade econômica’” in FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Valmir (organizadores). *Estudo de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo, Malheiros, 2006; págs. 403 a 423.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

LAMY FILHO, Alfredo. “O Estado empresário” in *Temas de S.A. – exposições, pareceres*. Rio de Janeiro, Renovar, 2007; págs. 121 a 135.

LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A. Vol. I – Pressupostos, elaboração, modificações*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes” in SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2002; págs. 72 a 98.

_____. *O Regime Jurídico das Utilidades Públicas – função social e exploração econômica dos bens públicos*. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

MOLL, Leandro de Oliveira. “A submissão de empresas estatais brasileiras a jurisdições estrangeiras: o caso da Petrobrás” in ROSADO, Marilda. *Estudos e pareceres – Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005; págs. 661 a 684.

NOGUEIRA, Rubem. “Função da lei na vida dos entes paraestatais” in *Revista de Direito Administrativo* nº 99. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, janeiro-março 1970; págs. 33 a 43.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General - Lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007.

OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. “O antitruste e as empresas estatais” in *Revista de Direito Mercantil – industrial, econômico e financeiro* vol. 138. São Paulo, Malheiros, abril-junho 2005; págs. 178 a 192.

_____. “Regulação econômica e empresas estatais” in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* nº 15. Belo Horizonte, Fórum, julho-setembro 2006; págs. 131 a 148.

_____. *O Estado como acionista controlador*. Tese de Doutorado. Orientador: Calixto Salomão Filho. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

SARAVIA, Enrique. “Estado e empresas estatais. Criação e crescimento. O papel das empresas estatais como instrumento de política pública”. Brasília, Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, novembro de 2004.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Tutela jurisdicional executiva*. Vol. 3. São Paulo, Saraiva, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Empresa estatal pode exercer poder de polícia” in *Boletim de Direito Administrativo – BDA n.º 2, ano IX*. São Paulo, NDJ, fev. 1993; págs. 98 a 103.

_____. “O fenômeno constitucional e suas três forças” in *Revista de Direito do Estado n.º 11*. Rio de Janeiro, Renovar e Instituto de Direito do Estado e Ações Sociais, julho-setembro 2008; págs. 209 a 216.

SUNDFELD, Carlos Ari e SOUZA, Rodrigo Pagani de. “Depósito das disponibilidades de caixa do Poder Público: análise de julgados do Supremo Tribunal Federal” in *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP n.º 10*. Belo Horizonte, Fórum, julho-setembro de 2005; págs. 131 a 141.

TÁCITO, Caio. “As empresas públicas no Brasil” in *Revista de Direito Administrativo n.º 84*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, abril-junho 1966; págs. 432 a 439.

_____. “Desapropriação de ações no direito brasileiro” in *Revista de Direito Público n.º 37-38*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976; págs. 7 a 18.

_____. “Regime jurídico das empresas estatais” in *Revista de Direito Administrativo n.º 195*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas e Renovar, janeiro-março 1994; págs. 1 a 8.

_____. “O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro” in *Revista de Direito Administrativo n.º 202*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas e Renovar, outubro-dezembro 1995; págs. 1 a 10.

_____. “Direito administrativo e direito privado nas empresas estatais” in *Temas de Direito Público – Estudos e pareceres - 1º volume*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997; págs. 691 a 698.

_____. “Empresa Pública. Transferência de bem Público Municipal” in *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres) - 2º Volume*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997; págs. 1173 a 1191.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “Empresas estatais: responsabilidade e controle” in *Revista de Direito Público n.º 85*. São Paulo, Revista dos Tribunais, janeiro-março de 1988; págs. 81 a 95.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico – o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro, Renovar, ed. Fac-similar da de 1968.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)