

**Reflexões sobre o lucro e as empresas estatais****Reflections on profit and state companies**

DOI:10.34117/bjdv6n9-339

Recebimento dos originais: 11/08/2020

Aceitação para publicação: 15/09/2020

**Felipe Gonçalves Fernandes**

Titulação: Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Instituição atual: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Endereço: Alameda Joaquim Eugênio de Lima, 1095, apt 74, Jardim Paulista, São Paulo, SP

E-mail: felipefernandes\_9@hotmail.com

**Fabio Paulo Reis de Santana**

Titulação: Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense – UFF e Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Instituição atual: Procuradoria Geral do Município de São Paulo

Endereço: Rua Professor Artur Ramos, 404, apt 23, Jardim Paulistano, São Paulo, SP

E-mail: fabiodesantana@yahoo.com.br

**RESUMO**

O objetivo deste artigo é analisar se existe a obrigatoriedade de persecução de lucro por empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Primeiro, fazemos uma oposição entre o domínio público e o privado, analisando, neste último, os aspectos históricos, as marcas essenciais da empresa e a ressignificação necessária ao instrumento estatal que vier a explorar atividade econômica. Em seguida, analisamos a posição da doutrina acerca das empresas estatais a partir das disposições da Constituição Federal. Outrossim, escrutinamos o aspecto específico do lucro nas companhias governamentais por meio de uma verificação em três planos: dogmático, pragmático e consequencial. Concluimos, assim, que o lucro é um aspecto apenas acidental na conformação das empresas estatais, de modo que o seu afastamento não desnatura a entidade. No plano dogmático, chegamos à conclusão no sentido de que o fundamento maior da criação de uma companhia governamental é a busca pelo interesse público e a persecução dos objetivos estabelecidos no texto constitucional, de modo que, quando em conflito com a variável econômica, deverão prevalecer as razões de índole coletiva. No plano pragmático, concluimos que esses fundamentos justificam que o Estado-empresário se porte de forma distinta do empresário privado, dispensando a variável financeira, em especial para fomentar alguma atividade, corrigir falhas de mercado ou induzir comportamentos socialmente positivos. Finalmente, é possível concluir, no plano consequencial, que, em razão dos fundamentos anteriores, os atos que impliquem resultados econômicos negativos, desde que devidamente justificados, serão válidos, afastando-se, como regra, o dever de indenizar perdas diretamente ligadas a eles.

**Palavras-chave:** Empresa Estatal. Lucro. Interesse Público. Regime Administrativo.**ABSTRACT**

The objective of this article is to analyze whether there is an obligation to pursue profits by state companies that exploit economic activity. First, we make an opposition between the public and the

private domain, analyzing, in the latter, the historical aspects, the essential marks of the company and the necessary reframing of the state instrument that explores economic activity. Then, we analyze the position of the doctrine about state-owned companies from the provisions of the Federal Constitution. Furthermore, we scrutinized the specific aspect of profit in government companies through a three-level check: dogmatic, pragmatic and consequential. We conclude, therefore, that profit is only an accidental aspect in the formation of state-owned companies, so that its removal does not denature the entity. At the dogmatic level, we came to the conclusion that the main foundation for the creation of a government company is the search for the public interest and the pursuit of the objectives established in the constitutional text, so that, when in conflict with the economic variable, they should prevail collective reasons. At the pragmatic level, we conclude that these fundamentals justify that the entrepreneur-state behaves differently from the private entrepreneur, dispensing with the financial variable, especially to foster some activity, correct market failures or induce socially positive behaviors. Finally, it is possible to conclude, at the consequential level, that, due to the previous grounds, acts that imply negative economic results, provided they are duly justified, will be valid, departing, as a rule, the duty to indemnify losses directly linked to them.

**Keywords:** State Company. Profit. Public interest. Administrative Regime.

## 1 INTRODUÇÃO

As empresas estatais são importantes entes por meio dos quais é possibilitada à Administração Pública a atuação no domínio econômico. Sobre elas pairam algumas dúvidas, tal como a vocação (ou não) para a persecução de lucro, a qual será analisada no presente artigo conforme aspecto finalístico, ou seja, se o intuito lucrativo é um elemento essencial ou apenas accidental na conformação do regime das empresas estatais. Em outras palavras, se elas têm *a obrigação* de perseguir lucro ou não e as consequências decorrentes disso.

Para tanto, serão verificadas as características dos campos de atuação delimitados no escopo desta pesquisa, opondo-se, de um lado, o domínio econômico<sup>1</sup> e, do outro, o domínio público, notadamente preenchido pelos serviços públicos<sup>2</sup>, com a ressalva de que não se tratam de planos

<sup>1</sup> Sobre os caracteres do domínio econômico teoriza Ricardo Marcondes Martins: “O agir econômico diz respeito à prestação de *atividades materiais*: ao fornecimento de *comodidades e utilidades*. Dizer que a atividade econômica é *livre* significa dizer que, a princípio, toda decisão sobre ela é definida pelo *livre-arbítrio*. Cabe ao particular decidir se vai ou não explorá-la, como e onde vai fazê-lo, se vai exigir alguma contraprestação por ela, e, se o for, quanto vai exigir para explorá-la. Um exemplo: é facultado ao particular decidir se vai ou não plantar cenouras; se vai fazê-lo na sua propriedade ‘a’ ou ‘b’; quando vai realizar a plantação; se vai doar as cenouras ou vai vendê-las, como vai vender o produto de sua atividade, se vai levá-lo diretamente ao consumidor ou vendê-lo a um intermediário; quanto vai cobrar pela cenoura que plantou. Consequentemente, o particular pode interromper a atividade quando quiser: pode, no exemplo, desistir de plantar cenoura. Em suma, a *liberdade econômica* diz respeito a um amplo conjunto de faculdades relativas às *atividades materiais* de fornecimento de comodidades ou utilidades ao consumo.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 175-176).

<sup>2</sup> Sobre o conceito de serviço público, valiosa a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Há certas atividades que, por ser relevante, influem nas condições de vida da generalidade ou quase generalidade dos membros da Sociedade, pois apresentam uma importância correlacionada aos padrões básicos de civilização de uma dada época e demandam uma especial disciplina protetora, ante a necessidade de mantê-los dentro de certos padrões de qualidade e eficiência. Por tal razão, o Estado considera que não podem ficar relegadas simplesmente aos eventuais empenhos, interesses, cuidados ou zelos da iniciativa privada. Daí porque reputa de ser dever prestá-los, por si ou por aqueles a quem credencie, e obviamente os coloca sob uma disciplina que assegure e proteja o interesse dos membros do corpo social, afiançando a acessibilidade, continuidade e boa qualidade das sobreditas atividades como de considerável relevo para a coletividade. Tais atividades é que são denominadas serviços públicos.”

hermeticamente fechados, permitido, excepcionalmente, que o protagonista de um campo atue no outro.

Neste sentido, esclarecemos que a atividade econômica é própria dos particulares, ao passo que os serviços públicos são de titularidade do Poder Público, sendo possível, todavia, que estes aventure no domínio econômico. Quando o faz, age sob a alcunha “empresário”, mas é preciso notar que o Estado-empresário difere do particular-empresário, sendo este um tópico relevante do presente artigo: até que ponto a Administração Pública se equipara ao administrado como condição para o desenvolvimento de atividades características do regime privado.

É notório que são diversos os setores do campo econômico nos quais atua a Administração Pública brasileira, tratando-se, todavia, de fenômeno que se reveste de alguma complexidade: se, por um lado, as empresas estatais devem ter uma saúde fiscal (ser sustentáveis por si mesmas), não há como impor à população preços ou serviços abusivos em razão da busca por lucros (lembrando que a atuação estatal sempre deve se voltar aos interesses da coletividade, sob pena de invalidade).

Desse modo, tentando combinar o inafastável fim publicístico com a sustentabilidade necessária a qualquer empreendimento, investigamos os entes em questão de maneira aprofundada, desde o significado do termo “empresa”, passando pelos caracteres típicos do regime público e do regime privado para, ao fim, verificar o regime jurídico peculiar próprio às corporações de propriedade pública.

A hipótese suscitada, dessa forma, se refere à compatibilização entre os fins públicos e os interesses patrimoniais perseguidos pelas empresas estatais, de modo a investigar quais aspectos se sobressaem no contexto da dogmática constitucional pátria quando esses vetores entram em conflito, apontando soluções de acordo com a ciência do direito.

## **2 DOMÍNIO PÚBLICO E DOMÍNIO PRIVADO**

Conforme dito acima, de maneira excepcional, tanto a Administração Pública pode atuar no domínio econômico quanto os particulares podem prestar serviços públicos. É preciso, no entanto, estabelecer algumas balizas no que tange a cada campo, bem como o desempenho excepcional de atividades materiais em campo que não é próprio a cada agente.

Primeiramente, identificamos o domínio público com o serviço público, que pode ser definido como “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à

---

(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço Público e Telecomunicações*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, São Paulo: 2008. Disponível em <<https://revistas.pucsp.br/red/article/view/725/503>>. Acesso em 21 de outubro de 2019).

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<sup>37</sup>.

Por outro lado, domínio econômico se refere às atividades materiais exploradas livremente pelos particulares (livre iniciativa), com intuito lucrativo, fora da esfera estatal e independente de autorização, salvo aquelas específicas, tais como as referentes ao poder de polícia, por exemplo.

Assim, é possível observar a existência de dois campos distintos, com protagonistas diferentes e, como veremos adiante, lógicas diferentes. Para que um ator passe a atuar no campo típico do outro, ele necessita de alguma habilitação ou forma específica. É o que ocorre, por exemplo, com os particulares, que precisam de uma outorga para prestar serviços públicos, notadamente nas formas de concessão, autorização ou permissão. Da mesma forma, para atuar na atividade econômica, o Estado precisa de uma forma que lhe possibilite isso; essa forma são as empresas estatais.

Nesta esteira, destacamos que, quando o particular presta serviço público, se submete a normatização diferenciada, própria do regime jurídico administrativo. Da mesma forma, ao ingressar no campo econômico, a Administração Pública se submeterá a um influxo de normas privatísticas, mas nunca integralmente, o que impõe uma reflexão: quais os limites ao influxo dos caracteres de direito privado à atuação estatal em domínio econômico?

Sabemos que o tema não é fácil e costuma causar alguma celeuma na doutrina, em especial quando analisados alguns aspectos característicos do regime privado, os quais merecem reinterpretações ao serem afetados à função pública.

Assim, estabelecemos o ponto de partida da presente pesquisa: existem dois campos distintos, com protagonistas distintos e fins distintos; um ente pode se mover de seu ambiente natural e atuar no oposto, remanescendo, todavia, seus aspectos essenciais. Que aspectos são esses e como reagirão à tarefa de transposição é o que passa a ser investigado.

### **3 A ATIVIDADE EMPRESARIAL**

#### **3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Antes de adentrar propriamente nas características das empresas estatais, é preciso fixar prefacialmente o que se entende pelo signo “empresa”, tarefa que demanda análise do surgimento e das bases fundantes do direito comercial.

---

<sup>3</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 689.

Nesta esteira, destacamos que a tradição romanística divide essa disciplina em dois sistemas: o francês e o italiano<sup>4</sup>. Não obstante, é importante registrar que, mesmo em períodos pretéritos, antes do surgimento desses, sempre existiram regras sobre matéria mercantil, sem que essas representassem, todavia, um sistema propriamente dito. Em razão dessas mudanças de paradigma, a doutrina majoritária secciona sua evolução em quatro fases.

Conforme aponta doutrina de escol, o primeiro período histórico do direito comercial se inicia a partir da segunda metade do século XII, com a reunião de comerciantes e artesãos em corporações de artes e ofícios<sup>5</sup>. Nessa época, a normatização resultava de uma “autonomia corporativa”, marcado pelo “acento subjetivo e apenas se aplica aos comerciantes associados à corporação<sup>6</sup>”. Assim, em suma, era um direito condicionado a critério subjetivo para fins de definição de seu âmbito de incidência, restrito aos integrantes de uma dada corporação.

A segunda fase é compreendida desde fins do século XVI até o Século XVIII, merecendo destaque nela as diferentes concepções desenvolvidas na França e na Inglaterra. Nesta, houve a absorção total da jurisdição das corporações mercantis pelos tribunais da *Common Law*, ao passo que, na França, não obstante as corporações tenham perdido parte da competência jurisdicional para tribunais estatais, remanesceu um direito fundado nos usos e costumes dos comerciantes, de modo que a marca do subjetivismo não fora integralmente afastada<sup>7</sup>. Observa-se, assim, uma incorporação (ainda que não integral) do então chamado direito mercantil ao direito estatal<sup>8</sup>.

As duas primeiras fases, no que tange ao Ordenamento Jurídico brasileiro, funcionam como excertos históricos, iniciando-se a principal influência para o direito nacional com o terceiro período.

Esse vai do Século XIX até a primeira metade do Século XX, iniciando-se com a codificação napoleônica, marcado pela objetivação, no sentido de transformação do direito comercial em uma disciplina a ser aplicada a determinados atos, e não apenas a determinadas pessoas. Neste momento, é possível falar em uma abolição do corporativismo, inspirada na ideia de igualdade, vez que, agora, passa a ser possível que qualquer pessoa exerça atividade

---

<sup>4</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 32.

<sup>5</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 33.

<sup>6</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 33.

<sup>7</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 33-34.

<sup>8</sup> MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. Novas feições do direito empresarial. *Revista de Direito Empresaria 1 – RDE*, Belo Horizonte, ano 9, n.1, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=78790>>. Acesso em: 1 set. 2019.

mercantil<sup>9</sup>. Isso se deu, dentre outros fundamentos, pela consagração da teoria dos atos de comércio, a qual “resume-se, rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas, sem que entre elas possa encontrar qualquer elemento interno de ligação<sup>10</sup>”. Quem praticasse as atividades abarcadas (dentre essas destacavam-se as categorias de compra para revenda, operações bancárias, empresas e seguros) seria regido pelo direito comercial, enquanto aos demais estava reservado o direito civil, de modo que é possível observar uma dualidade dentro da regência do direito privado da atividade econômica.

É importante registrar que, salvo a Alemanha e os países da *Common Law*<sup>11</sup>, a teoria dos atos de comércio influenciou grande parte das nações do mundo ocidental, inclusive o Brasil. Abrimos parênteses neste ponto para destacar que a história do direito comercial pátrio se inicia com a vinda de Dom João VI ao Brasil(1808) e abertura dos Portos às Nações amigas<sup>12</sup>. Posteriormente, com a independência do Brasil (1822), na falta de legislação própria, a Assembleia Constituinte e Legislativa determinou a aplicação de legislação estrangeira para a regência daquelas atividades em solo nacional (basicamente, o Código Comercial napoleônico, o português e o espanhol). O Brasil só viria a ter um Código Comercial em 1850, o qual adotou a teoria dos atos de comércio, embora não declare isso de maneira expressa<sup>13</sup>.

Passando à quarta fase, verifica-se na Itália uma oposição à bipartição da disciplina privada, consagrada no *Codice Civile*, de 1942, que passa a regular tanto matéria civil quanto comercial, estabelecendo-se, assim, no modelo italiano, um regime geral de disciplina privada da atividade econômica, que passa a ser unificada, excluídas apenas algumas atividades de expressão econômica marginal<sup>14</sup>.

O Direito brasileiro se aproximou da concepção italiana a partir do Código Civil de 2002, sendo esse o marco de transição do sistema francês para aquele. Em seu artigo 966 é estabelecido que empresário e todo aquele que *exerce* profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

<sup>9</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 34.

<sup>10</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 35.

<sup>11</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 35.

<sup>12</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2018, p.40.

<sup>13</sup> MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. Novas feições do direito empresarial.Revista de DireitoEmpresaria 1 – RDE,BeloHorizonte, ano 9, n.1, jan./abr. 2012. Disponível em:<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=78790>>. Acesso em: 1 set. 2019.

<sup>14</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 37.



Diante do exposto, observamos que, no atual momento histórico, a atividade empresarial é identificada a partir do exercício de uma atividade sob a ótica da disciplina privada da economia. No entanto, não é qualquer atividade organizada com a assunção dos riscos do empreendimento que será considerada atividade empresarial. Por essa razão, trazemos alguns destaques no tópico a seguir.

### 3.2 MARCAS ESSENCIAIS DA EMPRESA

Primeiramente, destacamos que empresa não se confunde com estabelecimento nem com empresário. Segundo a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, estabelecimento é “o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica” ao passo que empresário é “a pessoa que toma iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens” e, finalmente, empresa, “o exercício da atividade empresarial<sup>15</sup>”.

Diante das distinções acima, nos concentremos no signo “empresa”. Conforme adiantado, esse é compreendido pelo ordenamento jurídico pátrio sob a perspectiva de uma *atividade*. Mas não é qualquer atividade no campo econômico que representa uma empresa: o Código Civil de 2002, que disciplina a matéria, exclui do conceito em questão, por exemplo, aqueles que exercem atividades intelectuais, tal como definido no parágrafo único do seu artigo 966. Diante disso, é possível falar em atividades econômicas empresariais e não empresariais<sup>16</sup>.

Mas não é só. Segundo vasta doutrina, essa atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços também possui um elemento finalístico. Não se constitui, pois, a atividade empresarial da conjugação de atos voltada a intuítos benemerentes; trata-se de esforço direcionado a um fim específico, qual seja a obtenção da maior vantagem econômica possível, o *lucro*, elemento tão caro a nossa pesquisa.

Neste sentido, o lucro é posto em patamares de essencialidade no conceito de empresa, identificada como atividade “cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços gerados mediante organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima e tecnologia)<sup>17</sup>”.

<sup>15</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 135.

<sup>16</sup>MARTINS FILHO, Giovanni Magalhães. Novas feições do direito empresarial. *Revista de Direito Empresaria 1 – RDE*, Belo Horizonte, ano 9, n.1, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=78790>>. Acesso em: 1 set. 2019.

<sup>17</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 38.

Em análise interdisciplinar, verificamos que a ciência econômica também observa o lucro como marca essencial da atividade empresarial, assumindo que “o objetivo crucial da empresa é a maximização do lucro<sup>18</sup>”. Parcela da doutrina privatista, inclusive, considera o lucro inserido no conteúdo material da função social da empresa, que seria a “obtenção do máximo de lucros possível, desde que atendidas às prescrições do ordenamento jurídico”<sup>19</sup>.

Mas o que se entende tecnicamente pela expressão “lucro”?

Segundo doutrina econômica, lucro pode ser conceituado como a “máxima distância entre receita total e o custo total<sup>20</sup>”.

Sob a ótica jurídica, o tema já foi também discutido, destacando-se os debates travados em evento realizado em setembro de 1993 pelo Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial, com o fito de analisar o lucro nas empresas estatais, do qual é possível fixar que, juridicamente, trata-se de “conceito finalístico”, ou seja “o resultado da atividade que tem por finalidade principal obter maior vantagem econômica<sup>21</sup>”.

Observemos que os conceitos trazidos pela economia e pela ciência do direito coincidem, o que nos permite afirmar com segurança ser o lucro uma *característica essencial da atividade empresarial*. Ou mais: que se trata de sua *atividade finalística fundamental*, consistente no intento de obter a maior vantagem econômica possível, por meio do máximo distanciamento entre receita e despesa.

Diante dessas premissas, se torna um tanto problemática a denominação de entes estatais por “empresas”, haja vista que o intuito dessas difere sobremaneira daquele estabelecido para as entidades criadas com a inafastável finalidade de atender aos interesses da coletividade. Por essa razão, necessário se faz um trabalho conceitual, a fim de esclarecer as obscuridades geradas pela imprecisão consistente na utilização do termo “empresa” para tratar dos entes estatais voltados à exploração da atividade econômica.

Desse modo, empreendemos esforços no próximo tópico com o fim de escrutinar, sob a ótica do regime jurídico administrativo, o real significado desses entes ou, em outras palavras, qual a significação do termo “empresa” quando inserido no arcabouço normativo-axiológico de direito público.

<sup>18</sup> ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 469.

<sup>19</sup> MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. Novas feições do direito empresarial. *Revista de Direito Empresarial* 1 – RDE, Belo Horizonte, ano 9, n.1, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=78790>>. Acesso em: 1 set. 2019.

<sup>20</sup> ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20 ed., São Paulo: Atlas, 2003 p. 469.

<sup>21</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 26.



### 3.3 RESSIGNIFICAÇÕES NECESSÁRIAS

A doutrina pátria incorre costumeiramente em vício conceitual ao transpor conteúdo do regime privado para o regime público sem maiores reflexões. Trata-se de problemática que engloba dois vícios de pressupostos metodológicos.

O primeiro remete à doutrina de Otto Mayer, que assume ser possível à Administração Pública atuar como Estado ou como um particular, ou seja, submeter-se ao regime privado integralmente, o que, conforme veremos a seguir, não é possível<sup>22</sup>.

O outro vício se refere ao fato de muitos juristas compreenderem o direito público a partir do direito privado, o que se explica pela tradução milenar privatística, que advém do direito romano<sup>23</sup>, ao passo que a noção publicística é relativamente moderna, remontando ao Século XVIII, pós Revolução Francesa<sup>24</sup>. Desse modo, a carência de uma teoria geral de direito público leva à equivocada tentativa de entender institutos públicos à luz de teorias de direito privado.

Ambos esses vícios devem ser afastados: a Administração Pública nunca poderá se despir completamente de seus caracteres essenciais e institutos de direito público devem ser analisados à luz do regime jurídico administrativo, e não de institutos de direito privado<sup>25</sup>.

Na esteira do segundo argumento, é importante destacar que o campo público e o campo privado, conforme fixado anteriormente, compreendem regimes jurídicos distintos, sujeitos a regras e princípios muitas vezes antagônicos.

Uma das formas de encarar a oposição entre esses campos é sob uma ótica axiológica (a partir de uma teoria dos valores), por meio da qual é possível identificar, tomando como ponto de partida o quanto estabelecido pelo texto constitucional, a consagração de vetores distintos de acordo com o campo no qual se trabalha.

Ou seja, cada campo possui um referencial axiológico próprio, de modo que seus institutos carecem de uma análise de acordo com as respectivas balizas materiais. Nesse caso, os referenciais a serem considerados são os valores consagrados em cada sistema: segundo Johan

<sup>22</sup> MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo I. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma. 1949, pp. 189/190.

<sup>23</sup> O direito romano foi desenvolvido muito ancestralmente, de modo que é comum que os juristas pensem numa teoria geral do direito a partir de uma teoria geral do direito privado.

<sup>24</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 268.

<sup>25</sup> Sobre o tema, citamos Ricardo Marcondes Martins: “Jamais há liberdade no exercício da função pública. Jamais esse direito ‘protetor’ do interesse do povo é afastado. Sempre que o Estado estiver presente, sem exceção, o direito protetor estará presente. Não é a *autoridade* o fundamental para a aplicação do regime jurídico, mas a necessidade de proteção do interesse do povo. Essa necessidade sempre estará presente quando o Estado estiver presente numa relação jurídica. Por conseguinte, o critério correto para identificar a incidência do *direito público* é a *presença* da Administração Pública. Correta, pois, é a chamada *antiga* teoria dos sujeitos, é a adoção *radical* do critério *estatutário* para identificação do direito administrativo. Enfim, sempre que a Administração Pública estiver presente numa relação jurídica, estará presente o Direito Administrativo; e sempre que ela estiver presente, impossível será a submissão da relação ao direito privado.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Princípio da liberdade das formas no direito administrativo*. Interesse Público (IP), Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 83-124, jul.-ago. 2013, p. 97).

Hessen, todo fenômeno cultural é a realização de valores e todo “dever ser” se funda num valor, sendo que é o valor que muda os fundamentos do “dever ser”, entendido este como a direção para alguma coisa<sup>26</sup>. Assim, são os valores consagrados nos respectivos campos que guiarão a interpretação de seus institutos, e não o contrário. Tomando como exemplo, portanto, o signo “empresa”, este é que deve ser interpretado à luz do regime jurídico administrativo, não sendo o caso, por óbvio, de o regime administrativo ser interpretado a partir do que os civilistas fixaram para esse signo antes mesmo de existir uma teoria acerca do regime administrativo.

Retomando o raciocínio, os valores referenciais do regime público podem se opor frontalmente aos vetores mais caros ao âmbito privado, de modo que é possível, em determinados pontos, falar em sistemas com referenciais distintos (quicé antagonicos): o primeiro baseado na função (função aqui entendida como o exercício de algo em nome e em benefício de outrem com o uso de prerrogativas de forma estritamente necessária à persecução daquele interesse<sup>27</sup>) e o outro baseado na autonomia da vontade<sup>28</sup>.

Ou seja, para fins de uma atuação pública válida, o administrador deve agir em nome e em benefício da coletividade, sempre visando a fins de interesse público, ao passo que o particular pode perseguir os fins que considerar mais justos, inclusive (e especialmente) os seus próprios interesses egoísticos, não havendo nenhuma invalidade nisso. Ele pode, inclusive, tomar decisões que disponham de seus interesses e de seu patrimônio.

Outrossim, a cada valor corresponde um desvalor. Trata-se da chamada “implicação recíproca”, característica que emana do fato de que “os valores positivos e negativos implicam-se mutuamente<sup>29</sup>”. Isso impõe, por exemplo, que valores como a liberdade, interpretados de forma positiva no campo econômico, sejam interpretados com restrição na esfera pública. Liberdade

<sup>26</sup>HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Coimbra: Armênio Amado, 1944, p. 81-82.

<sup>27</sup> Sobre função, esclarecemos o conceito: “(...) o Estado é uma realidade instrumental; seu fim – a busca do bem comum – é a única razão de sua existência, esse escopo é inerente ao seu conceito. Ainda que a Constituição fosse extremamente lacônica e se limitasse a instituir o Estado e a disciplinar sua organização, este axioma manter-se-ia intacto: o Estado só deve atuar para a realização do bem comum; ou, em outras palavras, só deve agir para o cumprimento do interesse público. Por força disso, a atuação do Estado deve consistir sempre no exercício de uma função, tomada esta palavra em seu significado técnico: é atividade dotada de prerrogativas necessárias ao cumprimento do dever de atender ao interesse alheio. Há função “quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las”. O conceito tem dois elementos: o dever de atuar em prol do interesse alheio e a manutenção de prerrogativas necessárias ao cumprimento desse dever”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 38).

<sup>28</sup> Pedimos vênica para citar novamente o professor Ricardo Marcondes Martins: “O titular da liberdade é necessariamente uma pessoa privada. Nos termos já expostos, a liberdade pressupõe *autonomia da vontade*, ou seja, exige que a escolha entre duas ou mais alternativas seja ditada pela *vontade*. O *dogma* da vontade diz respeito justamente à pressuposição do *livre-arbítrio*. Etimologicamente, *autonomia* advém do grego *autós*, por si mesmo, e *-nomía*, de *nómos*, lei, donde o ‘direito de reger-se segundo leis próprias’. Liberdade, nesse sentido, possui uma feição subjetiva: garantia da vontade do sujeito como única fonte do seu agir. Todas as condutas que o Direito não qualifica como proibidas ou obrigatórias e que não atingem a esfera alheia são *facultadas* à pessoa privada, vale dizer, estão sob o império de sua *autonomia da vontade*. Todo o direito privado se apoia nesse alicerce, nessa viga-mestra, chamado de ‘princípio da autonomia da vontade’.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 48-49).

<sup>29</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 6 ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 184.

ampla na Administração Pública pode significar arbítrio. É da essência da atuação no campo privado a liberdade, ao passo que, no direito público, essa inexistente, vez que qualquer mínima decisão nesse campo deve levar em conta finalidade consistente na busca pelo interesse público.

Desse modo, é preciso notar que a carga valorativa que permeia o domínio público é diferente da carga valorativa que impregna o domínio privado-econômico, razão pela qual é possível que, ao transpor um instituto de um campo para outro, os conceitos careçam de uma ressignificação. Ora, são campos vetorizados por lógicas totalmente diversas; simplesmente mudar conceitos e institutos de um para outro, sem a devida reflexão, pode levar a conclusões cientificamente equivocadas. Neste sentido, é importante observar o tratamento dado, por exemplo, ao lucro na doutrina referente a empreendimentos privados:

Quem escolhe o direito comercial como sua área de estudo ou trabalho deve estar disposto a contribuir para que o empresário alcance o objetivo fundamental que o motiva na empresa: o lucro. Sem tal disposição, será melhor - para o estudioso e para o profissional do direito, para os empresários e para a sociedade - que ele dedique seus esforços a outras das muitas e ricas áreas jurídicas<sup>30</sup>.

Diante da leitura, é razoável concluir que a valoração aplicável a um ente da Administração Pública Indireta jamais poderá ser a mesma utilizada como referencial para o desenvolvimento de pessoas regidas pelo direito comercial: são entes diferentes com propostas diversas, fins distintos e, como tais, carentes de regimes jurídicos próprios. Dessarte, o signo “empresa” até pode ser utilizado na seara pública, mas dotado de outra conotação, em razão da implicação de valores acima explanada.

O ideal, por uma questão de precisão técnica, seria a utilização de signo diferente para designar essa atividade na seara estatal. No entanto, como já se trata de uso consagrado na linguagem corrente e na doutrina, manteremos a denominação “empresa”, com a ressalva de que se trata de signo com significação<sup>31</sup> distinta quando referente à atuação estatal. Isso porque, conforme exposto anteriormente, não é possível conceber que a atuação estatal se pautar, como escopo maior, na máxima efetivação de interesses econômicos: ela até poderá obter resultados econômicos positivos, mas se tratará de *superávit*, e não lucro, sendo que, de qualquer sorte, esse não representará um fim em si mesmo.

<sup>30</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 46.

<sup>31</sup> Sobre o termo *significação*, esclarecedora a lição de Aurora Tomazini de Carvalho: “O suporte físico é a parte material do signo, apreendida pelos nossos sentidos, aquilo com o qual temos contatos fisicamente (ex.: os gestos da mímica, as ondas sonoras da fala, as marcas de tinta no papel da escrita, as roupas do vestuário, etc.). Ele refere-se a algo que está no mundo (concreto, imaginário, subjetivo, empírico, atual, passado ou futuro). Denominado de seu significado, entendido como a representação individualizada do suporte físico. E, suscita na mente de quem o interpreta uma noção, ideia ou conceito, que é sua significação.” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o Construtivismo Lógico-Semântico*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 160)

Diante do exposto, fixamos, para efeitos desta análise, que “empresa” é apenas a forma utilizada para que o Estado possa ingressar no domínio econômico, o que implica certo influxo de normas privadas, mantendo-se o fundo (regime público), todavia, inalterado.

#### **4 EMPRESAS ESTATAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

Estabelecidas nos tópicos anteriores as ressalvas em torno do signo “empresa” e sua utilização quando inserido no contexto jurídico-administrativo, passemos a breve análise do regime jurídico das empresas estatais na Constituição da República de 1988.

Ressalvadas as hipóteses discriminadas no art. 177 da Constituição Federal, cuja exploração é reservada à União em regime de monopólio, o domínio econômico, como regra, é livre aos particulares, admitindo-se, a exploração da atividade econômica pela Administração Pública em casos excepcionais, nos termos do artigo 173 do texto constitucional:

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

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

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

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

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

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

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

Conforme se depreende do artigo transcrito, a exploração da atividade econômica por entes estatais é situação excepcional, justificada quando presente um dos requisitos estabelecidos no Texto Maior: imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Na sequência da análise do enunciado, verificamos que existe uma figura específica apta ao desempenho desse mister, as chamadas empresas estatais, as quais, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, devem se submeter ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

As estatais são divididas em dois tipos, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Como características gerais, essas se diferenciam pelo fato de que as empresas públicas possuem capital integralmente público, podem assumir qualquer forma empresarial e, caso se trata de uma empresa pública federal, as causas cíveis ajuizadas contra elas deverão ser julgadas pela Justiça Comum Federal; já as sociedades de economia mista possuem capital público e privado

(majoritariamente público), devem assumir necessariamente o formato de sociedade anônima e as ações cíveis ajuizadas contra sociedades de economia mista federais deverão ser julgadas na Justiça Comum Estadual. Para fins didáticos, trataremos essas duas espécies genericamente como “empresas estatais” e, caso se faça necessária alguma diferenciação, apontaremos.

As ficções jurídicas em questão se diferenciam sobremaneira das formas tipicamente utilizadas pela Administração Pública para o desempenho de suas atividades no domínio público. Isso foi estabelecido para evitar que, quando atue no domínio econômico, o ente estatal o faça com o uso de prerrogativas que o colocariam em injusta condição de vantagem sobre os particulares, evitando-se, assim, a concorrência desleal. Outrossim, a roupagem privada também é justificada quando houver risco de inviabilização da própria atividade econômica.

Ainda, a doutrina tradicional admite a possibilidade de empresas estatais que explorem atividade econômica, mas também admite empresas estatais para a prestação de serviços públicos. Examinemos a seguir.

#### 4.1 EMPRESAS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA E PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O presente tópico é necessário para fins de justificar a delimitação do objeto deste artigo. Conforme fixado, esta pesquisa se debruça sobre as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, o que traz à baila a antiga dualidade entre entidades exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos, sobre as quais é necessário fazer um parêntese para justificar a exclusão das últimas.

Primeiramente, lembramos que Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, admite a validade de empresas estatais prestadoras de serviços públicos; segundo o professor da escola de Perdigão, as empresas estatais são essencialmente instrumentos personalizados da ação do Poder Público, consistindo, como tais, em coadjuvantes dos misteres estatais. Não obstante, a sua personalidade seria elemento meramente acidental, de modo que mesmo as empresas exploradoras de atividade econômica estariam impedidas de uma perfeita simetria de regime jurídico para com as empresas privadas, sendo que, quando prestadoras de serviços públicos, receberiam um influxo maior do regime jurídico administrativo<sup>32</sup>, sendo essa a diferença essencial dentre as duas espécies.

Sobre o tema, leciona Maria Sylvania Zanella Di Pietro para dizer que “a empresa estatal que desempenha serviço público atua como concessionária de serviço público submetendo-se à norma

---

<sup>32</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 201-203.

do artigo 175”<sup>33</sup>, afirmando doutra ponta que “quando, porém, o Estado fizer a gestão privada do serviço público, ainda que de natureza comercial ou industrial, aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo”<sup>34</sup>.

Conforme se vê, a doutrina admite a utilização de formas de direito privado (empresas estatais) tanto para a exploração da atividade econômica quanto para a prestação de serviços públicos, ressaltando-se que, neste último caso, o influxo das normas de direito público será mais intenso que no primeiro.

Ousamos discordar dos nobres doutrinadores. Segundo consideramos, nos termos do art. 173 da Constituição da República, as empresas estatais se prestam a uma destinação específica, a exploração da atividade econômica, e a utilização da forma privada é justificada apenas e tão-somente como modo de evitar a concorrência desleal em face dos atores privados ou como meio de não inviabilizar a própria atividade. Não havendo esses óbices, não haveria razão para que a Administração Pública se despisse de suas prerrogativas.

Em outras palavras: não havendo regime de concorrência com particulares ou não tornando a atividade econômica inviável, não há fundamento racional para que o regime administrativo (protetor da coisa pública) seja afastado. Por essa razão, há de se considerar que o influxo de normas de direito público nesses casos em que não atendidos os autorizativos constitucionais, será muito mais que intenso, será *integral*<sup>35</sup>. Neste sentido, Ricardo Marcondes Martins<sup>36</sup>:

Quando a empresa estatal não explora atividade econômica, inexistente *fundamento racional* para submetê-la às regras de Direito privado. A submissão implica evidente fuga para o Direito privado, sendo toda fuga desse tipo inválida.

Arremata o autor:

A utilização da forma “empresa estatal” para finalidade diversa da exploração da atividade econômica é ilícita. Por certo, se a lei autoriza a criação de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista para prestar serviço público, realizar obra pública ou exercer função pública, é inconstitucional. Na doutrina brasileira, essa tese foi sustentada, com primor, por Toshio Mukai, em seu doutoramento defendido, em 1982, na Universidade de São Paulo. Em 2004, o publicista republicou a obra, considerando-a integralmente acolhida pela Constituição de 1988. Com pena de ouro, observou: “é evidente que aqui, mais do que em qualquer outra hipótese, a personalidade privada é uma fachada que esconde propósitos para afastar o regime jurídico de Direito Administrativo”.

<sup>33</sup>DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo:Forense, 2016, p. 552.

<sup>34</sup>DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo:Forense, 2016, p. 553.

<sup>35</sup> É importante lembrar que, ainda que de forma não sistematizada, o Supremo Tribunal Federal já considerou algumas empresas estatais verdadeiras autarquias pelo fato de prestarem serviços públicos. É o caso da ADPF 387/PI, no bojo da qual restou aplicado o regime dos precatórios a sociedade de economia mista pelo fato de essaprestar serviço público de natureza não concorrencial.

<sup>36</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 60-64.



Ressalvamos que a Lei nº 13.303/2016 (Estatuto Jurídico das Empresas Estatais) admite empresas estatais prestadoras de serviços públicos, frente ao que reafirmamos a posição ora defendida para destacar a imperiosidade do influxo integral das normas típicas do regime jurídico administrativo a esses casos, sem quaisquer derrogações de direito privado, com base nos fundamentos acima explanados.

Por essa razão, ou seja, por considerarmos que as empresas estatais prestadores de serviço público são, em verdade, contrafações de autarquias, dado o influxo integral do regime jurídico administrativo sobre elas, afastam-se essas das discussões do presente artigo. Em outras palavras, se elas prestam serviços públicos e se submetem integralmente ao regime público, não ingressam no domínio econômico, não havendo, pois, que se cogitar (assim como se faria em relação a uma autarquia) a busca por resultados financeiros, de modo que excluídas das considerações a seguir.

#### 4.2 INFLUXOS PRIVADOS SOBRE AS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Conforme pontuamos anteriormente, assim como existe uma discussão acerca do influxo das normas de direito público sobre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, também existe debate sobre a aplicação das normas de direito privado às empresas exploradoras da atividade econômica. Ou melhor, sobre a ênfase que se dá ao caráter privatístico ou ao caráter estatal desses empreendimentos.

A discussão aqui também é sobre gradação: vai desde interpretações que consideram válida a aplicação de um regime praticamente integral de direito privado às companhias governamentais até outras segundo as quais o direito privado só se aplicaria para a forma, mantidas todas as demais características estatais quando injustificado o viés privatístico.

Toshio Mukai, por exemplo, defende que, em grande parte, as estatais exploradoras de atividade econômica são regidas por um direito privado “puro”. Desse modo, entende que, nas suas relações jurídicas organizativas, preponderam as normas comerciais; seus bens seriam usucapíveis e penhoráveis; elas não estariam sujeitas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial prevista no art. 70 da Constituição (a ser exercida pelo Legislativo) e seus atos seriam considerados atos de comércio e os contratos, jurídico-privados<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup>MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 283-284.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro adota posição levemente mais publicística ao afirmar que, no silêncio da lei, aplicam-se as normas de direito privado, as quais serão, portanto, a regra, remanescendo o direito público de forma excepcional, aplicável de forma restrita<sup>38</sup>.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, dá ênfase ao caráter auxiliar que essas pessoas jurídicas possuem em relação aos misteres estatais, de modo que o direito privado não pode afastar a real função dessas empresas, qual seja a busca pelo bem-estar coletivo. Vejamos:

Empresas públicas e sociedades de economia mista são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumento de ação do Estado. O traço essencial caracterizador dessas pessoas é o de se constituírem em *auxiliares* do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados.

E acrescenta:

O traço nuclear das empresas estatais, isto é, das empresas públicas e sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo insculpido em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certo norte para a interpretação destas pessoas. Consequentemente, aí está o critério retor para interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente aplicáveis, pena de converter-se o *acidental* – suas personalidades de Direito Privado – em *essencial*, e o essencial – seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado – em *acidental*. Como os objetivos estatais são profundamente distintos dos escopos privados, próprios dos particulares, já que almejam o bem-estar coletivo e não o proveito individual, singular (que é perseguido pelos particulares), compreende-se que exista um abismo profundo entre as entidades que o Estado criou para secundá-lo e as demais pessoas de Direito Privado, das quais se tomou por empréstimo a forma jurídica. Assim, o regime que a estas últimas naturalmente corresponde, ao ser transposto para as empresas públicas e sociedades de economia mista, tem que sofrer – também naturalmente – significativas adaptações, em atenção a suas peculiaridades<sup>39</sup>.

Conforme já afirmamos, ainda que se trate de empresas exploradoras de atividade econômica, o direito privado somente se aplica quando houver justificativa racional para tanto. Assim, inexistentes razões que franqueiem sua incidência, aplica-se o direito público normalmente. É por essa razão, por exemplo, que essas empresas devem licitar quando buscarem adquirir bens e serviços relativos a sua atividade-meio. Isso em nada impacta os particulares que atuam naquele setor nem afeta a sua atividade de mercado; como isso não cria um privilégio injustificado à Administração Pública, afasta-se o direito privado e incide o direito público.

Por outro lado, em termos materiais, não é qualquer atividade econômica que pode ser explorada pelo Poder Público: para que esse possa fazê-lo de forma válida, é necessário que a

<sup>38</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo:Forense, 2016, p. 552.

<sup>39</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 198-199.

intervenção se justifique por imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173 da Constituição da República. Assim, unicamente o fato de determinada atividade econômica se mostrar rentável não é justificativa constitucionalmente válida para que o Estado passe a explorá-la<sup>40</sup>. Sobre esses conceitos, dada sua vagueza, é defensável que a atuação estatal em domínio econômico se justifica, por exemplo, para o fomento de determinadas atividades, o desenvolvimento de um setor não atrativo para os empresários em geral, a garantia de que determinada facilidade será concedida a todos os cidadãos ou que será prestada em condições que um empresário comum não faria, regulando, assim, o mercado.

Um exemplo pode ser esclarecedor. Imagine o sistema de entrega de encomendas: caso esse seja deixado livremente a cargo dos particulares, é natural que esses, visando ao lucro, atuem apenas nos grandes centros, onde há entregas em larga escala e eles podem praticar preços mais competitivos. Além disso, é comum que as empresas que remetem essas encomendas também estejam nesses centros, o que também atua para diminuir os custos do processo. Do ponto de vista mercadológico, não haveria justificativa para que elas atuassem no setor de entregas em rincões do Brasil. Desse modo, deixar essa atuação a cargo apenas dos particulares poderia levar a um aumento excessivo dos valores de frete para essas regiões, que já se encontram em situação de desvantagem em relação aos grandes centros, ou, pior, ao fim das entregas a elas, por ausência de atratividade. Isso agravaria sobremaneira as desigualdades regionais, afetaria a integração nacional e deixaria uma parcela da população desamparada, à mercê das variações de mercado. Presente, portanto, relevante interesse coletivo a justificar a intervenção estatal e a exploração dessa atividade.

Nesses casos, portanto, o Poder Público atua de modo a combater uma possível falha de mercado, a fim de que o sistema econômico não se torne predatório ou carente de oportunidades em igualdade de condições. Ou seja, o Estado não cria uma empresa estatal para lucrar como se mais um empresário fosse; ele as cria para atuar em moldes nos quais os particulares não teriam interesse ou mesmo para induzir comportamentos positivos deles, numa atividade de regulação de mercado por atuação direta.

---

<sup>40</sup> Neste sentido, Alexandre Santos de Aragão: “(...) entendemos que o mero interesse na obtenção de lucro não pode justificar a atuação do Estado na economia com base no art. 173 da CF porque, tecnicamente, se assim admitíssemos, estaríamos, por via hermenêutica, invertendo a lógica do dispositivo: ele deixaria de ser um permissivo para o Estado, em casos específicos, exercer atividades econômicas, para passar a franquear ao Estado, desde que com base em lei, o exercício de qualquer atividade econômica, já que qualquer atividade econômica é potencialmente lucrativa e o Estado está sempre carente de recursos para prover suas atividades—fim de forma ótima.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 105).

Desse modo, concluir que essas “empresas”, por terem essa denominação, estão condicionadas a uma finalidade lucrativa, é afirmação que merece algumas considerações, as quais são tecidas no tópico a seguir.

## 5 EMPRESAS ESTATAIS E O LUCRO

Sobre a discussão, sabemos que se trata de tema polêmico, de modo que ressaltamos, de início, o compromisso de abordá-lo sob a ótica da ciência do direito, e não dos demais ramos do conhecimento (tais como a administração ou a economia), não obstante admitamos a possibilidade de influxos desses no sistema jurídico (os quais serão devidamente juridicizados).

Pois bem. Conforme dispõe o art. 173 da Constituição da República, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica deverão se submeter ao regime próprio das empresas privadas, mas, em contrapartida, é imposta, sistematicamente, a necessidade de observância a sua finalidade maior, a persecução do interesse público.

É dessetensionamento que se extrai o debate: as balizas do texto constitucional estabelecem uma atuação em prol do interesse da coletividade ou em prol de interesses econômicos? A resposta parece simples, sendo muitos juristas levados à conclusão no sentido de conciliar esses dois vetores. No entanto, o fato é que a atividade econômica não é algo trivial, envolvendo uma série de fatores e decisões que devem ser ponderados em conjunto pelo gestor, a fim de se chegar a uma proposição final satisfatória sob os mais variados ângulos. Quando se inclui a busca pelo interesse público nessa equação, o cálculo se torna ainda mais complexo. Desse modo, necessária a abordagem sob vários aspectos.

### 5.1 O ELEMENTO ECONÔMICO COMO ASPECTO ACIDENTAL

Para efeitos deste subtópico, lembramos primeiramente que o debate não gira em torno da *possibilidade* de obtenção de superávit pelas empresas estatais, pois, conforme vimos, isso é possível. No dilema das companhias governamentais, o questionamento que se põe é: quando não for possível conciliar os elementos sob testilha, o administrador deve optar pela variável econômica ou pela variável do interesse público? Diversas são as posições defendidas quando esses aspectos são discutidos. A título de exemplo, citamos o professor Jacintho Arruda Câmara<sup>41</sup>:

A relutância em assumir o caráter lucrativo das empresas estatais parece ter amparo numa ilusória contraposição entre a busca do lucro e a persecução do interesse público. Haveria uma incompatibilidade entre almejar o lucro e,

<sup>41</sup>CÂMARA, Jacintho Arruda. *O lucro nas empresas estatais*. Revista Brasileira de Direito Público –RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 918, abr./jun. 2012.

simultaneamente, desenvolver atividade de interesse público. Todavia, não é fácil encontrar uma razão lógica para justificar essa ideia.

Por que uma empresa, controlada pelo Estado, ao assumir o objetivo de gerar lucro estaria, automaticamente, renegando sua finalidade de alcançar outro interesse público? Por que a busca do lucro não pode ser considerada, também, um interesse público a ser alcançado?

Não vejo razão para apartar a busca pelo lucro da realização de algum outro interesse coletivo ou mesmo da proteção da segurança nacional. Ao contrário, se o Estado opta por desenvolver uma atividade de interesse público por meio de uma empresa e não por outro modelo de estruturação organizacional (como uma autarquia ou fundação), só pode ser para conjugar características próprias da atividade empresária (essencialmente lucrativa) com outros objetivos públicos.

Sobre as reflexões retrotranscritas, ressaltamos que, por diversas vezes, a discussão se perde de terno de premissa que não adotamos: se as empresas estatais *podem* ter superávit ou não. Conforme expressamente declinado acima, entendemos que, sim, é válido que elas tenham resultados econômicos positivos. A discussão se prende a outro modal, todavia, ao modal da obrigatoriedade. Em outras palavras, se as empresas estatais *devem* visar ao lucro ou não.

De acordo com o quanto fixado anteriormente, lucro é a busca pelos *maiores* resultados econômicos possíveis. Logo, a persecução dele excluiria temperamentos em relação a outros aspectos; se outras variáveis passam a ser observadas e ensejam a possibilidade de redução dos ganhos (que deixam de ser os máximos possíveis), não estamos diante de um ente com finalidade *essencialmente* lucrativa.

Quanto a esses, é preciso asseverar que o afastamento voluntário do ideal lucrativo descaracteriza a sua própria atividade como empresarial. Entidades sem fins lucrativos (tais como as fundações, associações e sindicatos) possuem regime jurídico distinto das empresas. Quanto a uma empresa estatal, todavia, é preciso observar que o fato de ela não buscar lucros não transmuda o seu regime jurídico. Pelo contrário, quando o ordenamento jurídico assim exigir, estaremos diante da reafirmação do papel maior delas como entes auxiliares na execução de medidas que visam ao bem estar da coletividade.

Isso leva a uma conclusão: o lucro não é essencial às empresas estatais, pois não as define e não condiciona o regime jurídico ao qual estão submetidas, de modo que a relativização da variável econômica não desafiará o seu núcleo compositivo e não ofenderá o ordenamento jurídico.

Fixada essa premissa, façamos uma análise desse fenômeno jurídico dos pontos de vista dogmático, pragmático e consequencial.

**5.2 PLANO DOGMÁTICO: RESULTADOS DESEJÁVEIS**

Sabemos que o administrador deve agir no intuito de buscar as melhores soluções possíveis. Todavia, o resultado ótimo, sob a ótica da economia, poderá não ser o mesmo sob o enfoque da ciência jurídica, a partir do paradigma estabelecido pela Constituição da República de 1988. Em face disso, recordamos que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica são auxiliares dos misteres estatais, e não empresários e pro do lucro; são muito mais “estatais” do que “empresas”, portanto. Sobre o tema, citamos Ricardo Marcondes Martins<sup>42</sup>:

O Estado, ao explorar atividade econômica, atua no mercado em concorrência com os particulares, mas não é um “empresário a mais”. Registra-se: não é admissível ao Poder Público perseguir o *lucro*, vantagem econômica como fim principal de sua atividade. O Direito admite a exploração da atividade econômica apenas e tão somente para realizar o interesse público ou, mais precisamente, proteger a segurança nacional ou satisfazer relevante interesse coletivo. Por isso, é plenamente admitido que as empresas estatais sejam economicamente deficitárias: o “lucro” estatal consiste na realização do interesse público, e não na obtenção de mais dinheiro.

Dessa maneira, retomando a problematização realizada sob a ótica da teoria dos valores, afirmamos o seguinte: o lucro é um elemento essencial à atividade da empresa privada; para efeitos de um empreendimento público, todavia, o signo “empresa” carece de uma ressignificação, de modo que a concepção de lucro dever ser substituída pela inafastabilidade da busca pelo interesse público. Em outras palavras, o “lucro” das empresas estatais é a realização do interesse público, conforme afirma a doutrina:

As empresas estatais, como entes integrantes da Administração Pública, existem para atender a interesses públicos. Não pode o Estado instituir ou adquirir empresas apenas como forma de investimento, pois a ele cabe promover o interesse público, o qual será contemplado, primeiramente, pelo próprio exercício da atividade objeto do empreendimento público, bem como pela participação que as empresas estatais podem ter na implementação de políticas públicas. É por contribuírem para a implementação de políticas públicas que não se pode esperar das empresas estatais o mesmo grau de lucratividade exigido de empreendimentos privados. Elas não estão voltadas para a maximização da lucratividade, estão antes interessadas em atender a objetivos públicos, razão pela qual podem sacrificar parte de sua lucratividade em nome da contribuição que podem oferecer à implementação de políticas públicas. Essas contribuições devem ocorrer no âmbito de políticas públicas relacionadas às atividades exercidas por elas e podem assumir diversas formas. Assim, admite-se que as empresas estatais realizem investimentos de retorno duvidoso quando estes propiciem a ampliação da rede de prestação de serviços públicos ou de atividades geradoras de externalidades positivas<sup>43</sup>.

<sup>42</sup>MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 279.

<sup>43</sup>SANTOS, Flávio Rosendo dos; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves de; NASCIMENTO, Décio Estevão do. As empresas estatais e seu conflito intrínseco: lucratividade versus colaboração na implementação de políticas públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 111-131, out./dez. 2015.



Assim, se “as estruturas de livre mercado se fortalecem e desenvolvem pela busca de lucros”<sup>44</sup>, os empreendimentos estatais têm como elemento propulsor a realização do interesse público, sendo essa, portanto, a sua finalidade e, em última análise, sua razão de existir, devendo, como tal, guiar a atuação de seus gestores em todos os graus e em todas as decisões.

Diante do exposto, sob uma perspectiva dogmática, ou seja, adotando o dogma da supremacia da Constituição como referencial, é possível chegar a uma conclusão: como o Texto Maior estabelece a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantiado desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos como objetivos da República Federativa do Brasil, é preciso que as decisões do administrador tenham esses como norte. Sendo assim, quando houver de se decidir entre os resultados econômicos - que beneficiarão uma gama específica de sujeitos- e políticas de interesse público que atenderão à coletividade de forma ampla, de modo a se aproximar dos objetivos estabelecidos no texto constitucional, a solução dogmaticamente desejada parece ser a última, a qual apontamos como a resposta mais correta diante do arcabouço normativo-axiológico estabelecido na Constituição.

### 5.3 PLANO PRAGMÁTICO: FORMAS DE ATUAÇÃO DE ACORDO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO

Sobre o quanto acima afirmado, não se deve confundir a acidentalidade do elemento econômico com ineficiência. Com efeito, para que possam desempenhar suas atividades de forma satisfatória, as empresas estatais devem gozar de saúde fiscal e ser norteadas pelos deveres de eficiência, a fim de que possam investir em novos métodos e alcançar o interesse público com maior efetividade. Isso estaria ligado à ideia de economicidade do direito italiano<sup>45</sup>. É fato que não se se nega.

Há momentos, todavia, em que, em virtude da escassez de recursos, o gestor de uma empresa estatal deverá optar pelo benefício coletivo em detrimento dos ganhos financeiros<sup>46</sup>. Isso

<sup>44</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 241.

<sup>45</sup>PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal – Função Econômica e Dilemas Societários*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 360.

<sup>46</sup> É importante notar que o próprio conceito de “relevante interesse coletivo” pode ser alargado em situações de crise. É o que expõe Alexandre Santos de Aragão: “Um fundamento que excepcionalmente poderia legitimar a expansão da atuação estatal pela economia como um todo seria uma depressão ou forte recessão da atividade econômica privada, invocando-se um ‘relevante interesse coletivo’ para o Estado espraiar a sua atuação empresarial, com vistas a manter a economia do país em funcionamento. Nessa circunstância, o ‘relevante interesse coletivo’ não diria respeito a atividades econômicas individualmente consideradas, mas, sim, a uma necessidade macroeconômica genérica. Apenas nessa hipótese extrema admitiríamos uma atuação generalizada do Estado na economia com base no art. 173, mas de forma exclusivamente anticíclica e, portanto, necessariamente transitória.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de.

não seria digno de cogitação se essas companhias tivessem, por essência, finalidade lucrativa, pois estariam deixando de obter os melhores resultados econômicos possíveis, contrariando, pois, o seu escopo. A fim de elucidar esse raciocínio, trabalhe-mos com algumas hipóteses práticas.

Imaginemos, por exemplo, uma situação de crise internacional na qual o valor do petróleo se tornasse excessivamente alto (evento relativamente comum). Suponhamos que não exista uma empresa estatal voltada à exploração e venda dessa *commodity*. Com a alta do valor do barril de petróleo, seria natural que os empresários elevassem seus preços como forma do repasse daqueles novos custos: isso impactaria toda a indústria nacional, que depende de petróleo para produzir, prejudicaria as famílias, que dependem de gasolina para se locomover, elevaria os valores dos fretes, pois os profissionais dessa área precisam do diesel para desempenhar suas atividades, além de muitos outros efeitos negativos, gerando impacto sistêmico. É por essa razão, dentre tantas, que se justifica a existência de uma empresa estatal que atue nesse ramo, a qual teria por *dever* jurídico uma atuação anticíclica<sup>47</sup> no mercado, o que lhe franquearia postura deficitária, pois não lhe caberia simplesmente elevar seus preços, tal como um empresário comum. Neste caso, sendo uma estatal, é plenamente justificável (quicá exigível) que ela trabalhe em déficit orçamentário como maneira de garantir alguma estabilidade ao mercado interno. Se ela tivesse o lucro como vocação maior, não poderia fazê-lo de forma válida, pois estaria contrariando sua essência, o que poderia acarretar a responsabilização de seus gestores e a indenização dos danos sofridos por eventuais acionistas.

Conforme o exemplo, o dilema pode se apresentar em situações limítrofes, mas não só.

Podemos ainda trabalhar com a hipótese de um banco estatal. Certamente esse banco não existe para competir com as demais instituições financeiras, no sentido de buscar as melhores taxas de retorno em detrimento de seus clientes e investimentos especulativos no mercado financeiro. A atividade maior desse banco é o fomento a alguma atividade, que pode ser a agricultura familiar, o crédito subsidiado a pequenos empresários, o desenvolvimento da indústria nacional, etc. No entanto, é possível que, para fomentar essas atividades, esse banco atue em déficit orçamentário. Isso é válido? Entendemos que sim; do contrário, não haveria razão para que esse banco estatal existisse. Se o intuito fosse aplicar as mesmas taxas e tarifas dos demais, em regime de livre mercado, não haveria razão para sua existência e a Constituição da República não teria previsto esse tipo de atuação. Observe-se: nesse caso, o Estado atua da forma como nenhum outro

---

*Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 107).

<sup>47</sup> A expressão é utilizada tendo por referência a lição de John Maynard Keynes (KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1996).

empresário gostaria de atuar. Ao invés de impor uma atuação mandatória aos bancos privados, o sistema pátrio garantiu uma atuação direta por parte da Administração Pública, na forma de exploração da atividade econômica.

Neste plano pragmático, uma ressalva merece ser feita: é imprescindível a justificação da atuação estatal, em especial quando ela se tornar deficitária. Sabemos da possibilidade de prejuízos financeiros de companhias governamentais simplesmente pela má gestão ou mesmo pela utilização dessas em prol de campanhas populistas dos gestores periodicamente eleitos. Todavia, a atuação ora defendida se fundamenta em razões de interesse público, e não por interferências em prol de administrações que busquem se utilizar dessas pessoas jurídicas como instrumentos de políticas voltadas a benefícios pessoais. Nesses casos, não haveria fundamento jurídico, de modo que a atuação seria inválida, cabível a responsabilização do gestor.

Dessarte, não se defende a consolidação de gestões perdulárias, mas de admitir gestões financeiramente deficitárias em prol de um interesse maior, o qual não poderia ser alcançado sem que se abrisse mão de um fluxo de caixa positivo.

Por fim, quanto à operacionalização, pontuamos que a atuação da empresa estatal pode resultar financeiramente deficitária tanto em relação a um setor específico, de modo que a taxa global de retorno garanta a sua sustentabilidade sem subvenções (as quais podem, no limite, ser realizadas) ou global e enquanto remanescer a falha de mercado que se busca corrigir, pelo tempo que for necessário, podendo durar anos a fio ou mesmo por toda a existência dela.

Não obstante, é preciso analisar as consequências jurídicas dessa atuação deficitária, o que passa a ser realizado no tópico a seguir.

#### 5.4 PLANO CONSEQUENCIAL: EFEITOS JURÍDICOS DAS PERDAS ECONÔMICAS EM EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Sobre a consequência jurídica das perdas econômicas devidamente justificadas por razões de interesse público, destacamos primeiramente que, no tocante às empresas públicas, cujo capital é integralmente público, não há grandes discussões: o déficit que exceder a capacidade dessas empresas será suportado pela própria Administração Pública. Esta, eventualmente, poderá realizar aportes para que aquelas continuem a auxiliar no papel do estado interventor, o que pode se dar por meio de subvenção econômica ou subsídio tarifário<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup>PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal – Função Econômica e Dilemas Societários*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 371.

O problema se torna um pouco mais sofisticado quando são tratadas as sociedades de economia mista, nas quais, além do capital público (majoritário), existe o capital privado. Em suma se pergunta: caso essa empresa venha a ser deficitária por razões de ordem pública, o investidor privado deverá ser indenizado?

Para responder a essa pergunta, é preciso destacar alguns fatores.

Primeiramente, que as empresas estatais são criadas com uma finalidade específica, elas não possuem caráter especulativo e não devem se prestar a estratégias agressivas de mercado, apenas com o fim de gerar maiores ganhos aos seus acionistas. Conforme fixado, o “lucro” por ela gerado é a realização do interesse público e quem investe nessas estatais deve fazê-lo com essa consciência. Pode se tratar de algum investidor com viés patriótico ou simplesmente alguém que se interessou pelos resultados dessa empresa (lembrando que ela pode gerar superávit, o que beneficiaria seus acionistas). Além disso, sendo uma empresa estatal, o particular que nela investe tem consciência da liquidez maior da qual ela é dotada por ter a máquina pública como fiadora daquele empreendimento.

Desse modo, atuando dentro dos patamares de legalidade e legitimidade, é possível que sejam geradas perdas das quais o particular não será ressarcido. Isso porque, caso um cidadão venha a investir sabendo da condição pública da empresa desde o início, estará voluntariamente assumindo um risco que não encontraria em outras situações.

Neste caso, a equação formada pelos riscos do negócio envolve uma variável a mais, a persecução do interesse público. Ora, a empresa estatal não tem obrigação de buscar o lucro, mas de perseguir o interesse público. Se ela assim o faz, age conforme o ordenamento. Se age conforme o ordenamento, não há ato ilícito nem perda indenizável. Com efeito, o que poderia ocorrer seria o particular acionar a empresa caso ela descumprisse sua vocação de persecução do interesse público, tal como qualquer cidadão.

Diante disso, justifica-se ontologicamente tanto a atuação estatal em déficit quanto seus reflexos na esfera patrimonial dos acionistas minoritários.

Pode ocorrer, todavia, de uma empresa inicialmente privada vir a ser adquirida por uma companhia governamental. Neste caso, o particular poderia argumentar que jamais teve interesse em assumir os riscos de um empreendimento com viés publicístico. Para essas situações, valiosa a doutrina de Mario Engler Pinto Junior<sup>49</sup>:

---

<sup>49</sup>PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal – Função Econômica e Dilemas Societários*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 357-358.

Na sistemática da Lei nº 6.404/76, a dispensa de recomposição patrimonial é compensada pela atribuição do direito de recesso aos acionistas da companhia cujo controle acionário é adquirido pelo Estado, para transformá-la em sociedade de economia mista sujeita ao regime especial do Capítulo XIX. O direito de retirada nesse caso, conforme previsto no artigo 236, parágrafo único, é justamente o remédio concebido pelo legislador para proteger o acionista controlador investido da prerrogativa de flexibilizar a finalidade lucrativa para consecução do interesse público. Se não fosse admitido o sacrifício da lucratividade em decorrência do exercício do poder de controle estatal, também não haveria razão para permitir a saída do acionista dissidente mediante o reembolso do valor de suas ações.

E conclui:

Para equilibrar a falta de garantia de compensação do sacrifício patrimonial legitimamente imposto (seja à companhia controlada pelo Estado, seja à sociedade signatária da convenção grupal), a lei do acionariado admite a retirada voluntária do acionista minoritário mediante recebimento de seus haveres sociais. Se não fosse tolerada a subordinação do interesse da companhia a propósitos que transcendem o interesse específico de seus acionistas, ou se fosse previsto o ressarcimento nessa hipótese, por certo não teria cabimento o mecanismo de recesso realizado pelo legislador pátrio.

Concordamos com a explanação transcrita, a qual, pensamos ser uma solução justa e razoável para a situação do particular que não gostaria de se ver como acionista de uma companhia governamental.

Nestes termos, salutar a aplicação do art. 236, da Lei nº 6.404/1976, plenamente vigente, que garante que, sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento, os acionistas terão direito de pedir, dentro de 60 (sessenta) dias da publicação da primeira ata da assembleia-geral realizada após a aquisição do controle, o reembolso das suas ações; salvo se a companhia já se achava sob o controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessionária de serviço público. Ou seja, o cidadão não será obrigado a se ver acionista de uma empresa estatal à revelia; caso essa venha a adquirir essa roupagem posteriormente, ele poderá exercer seu direito de retirada, mediante recebimento de seus haveres sociais.

Diante do exposto, verificamos ser possível que empresas estatais atuem de maneira deficitária em prol do interesse público, sendo essa condição inerente a sua essência, admitida, portanto, a geração de perdas não indenizáveis ao acionista minoritário, ressaltando-se as saídas que o próprio sistema lhe franqueia.

## **6 CONCLUSÃO**

Diante de todo o exposto, rechaçamos o caráter lucrativo das empresas estatais, o que lhes franqueia a possibilidade de atuar de forma válida em caráter financeiramente deficitário, justificado, em termos dogmáticos, pelo fundamento maior de sua criação, qual seja a busca pelo interesse público.

No plano pragmático, demonstramos que, atuando para fomentar alguma atividade, corrigir falhas de mercado ou induzir comportamentos socialmente positivos dos particulares, o intuito de uma empresa estatal transcende a busca por resultados econômicos. Nesses termos, o Estado não age como um empresário a mais, de modo que o “lucro” da Administração Pública, ao assumir a forma de empresa, é o atendimento aos ditames constitucionais que justificaram a sua criação, evidenciado, em termos práticos, no desenvolvimento de atividades que proporcionem o devido retorno à coletividade.

Ressalvamos que as empresas estatais não são incompatíveis com a ideia de superávit, sendo salutar que gozem de sustentabilidade, por respeito ao princípio da economicidade. Com efeito, é impositivo que essas companhias invistam nas melhores tecnologias e prestem serviços de excelência, pois isso reverte em benefício da população, atendendo ao seu fim.

Não obstante, em termos consequenciais, quando o ordenamento jurídico impuser uma atuação financeiramente deficitária, dadas as duas premissas fundantes, os atos praticados com esse fundamento serão válidos, afastado, como regra, o dever de indenizar eventuais perdas diretamente ligadas a essa atuação.

Neste diapasão, lembramos que a atuação deficitária pode ser dar por lapsos temporais determinados ou prolongados (pelo tempo que for necessária a intervenção estatal), podendo ainda afetar toda a atividade ou apenas alguns setores da empresa (nesses casos, é possível que a taxa de retorno remanesça positiva).

Por outro lado, é importante destacar que a opção pelo sacrifício econômico carece de razões de interesse público, devendo ser evitadas, assim, interferências em prol de governos que busquem utilizar as empresas estatais como instrumento de políticas pautadas em benefícios pessoais ao administrador.

Diante do exposto, concluímos que o signo “empresa”, quando utilizado na Administração Pública, deverá sofrer ressignificação que o distanciará do significado empregado em domínio privado, haja vista que o seu elemento finalístico essencial (interesse público) difere daquele próprio dos empreendimentos particulares (lucro), o que frageia juridicamente atuações incompreensíveis do ponto de vista do explorador privado (sacrifício do lucro), mas plenamente justificáveis quando tomado em consideração o paradigma fixado a partir da Constituição da República de 1988.



**REFERÊNCIAS**

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo, Malheiros, 2014.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *O lucro nas empresas estatais*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, abr./jun. 2012.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o Construtivismo Lógico-Semântico*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, vol.1: Direito de Empresa*. 22 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo: Forense, 2016.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Coimbra: Armênio Amado, 1944.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_, Ricardo Marcondes. *Estatuto das Empresas Estatais à Luz da Constituição Federal*. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes; (Org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

\_\_\_\_\_, Ricardo Marcondes. *Princípio da liberdade das formas no direito administrativo*. Interesse Público (IP), Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 83-124, jul-ago. 2013.

\_\_\_\_\_, Ricardo Marcondes. *Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. *Novas feições do direito empresarial*. Revista de Direito Empresaria 1 – RDE, Belo Horizonte, ano 9, n. 1, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=78790>>.

MAYER, Otto. *Derecho administrative alemán*. Tomo I. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma. 1949.

MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal – Função Econômica e Dilemas Societários*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20 ed., São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, Flávio Rosendo dos; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves de; NASCIMENTO, Décio Estevão do. *As empresas estatais e seu conflito intrínseco: lucratividade versus colaboração na implementação de políticas públicas*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 111-131, out./dez. 2015.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial 1*. São Paulo: Malheiros, 2004.