

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 172

Outubro/dezembro – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

# A exploração estatal de atividade econômica

Alcione Vicente Schmitt

## Sumário

1. Introdução. 2. Distinção do serviço público, pois regida pelo Direito Privado. 3. Atuação supletiva. 4. Exigência de lei para regular a matéria. 5. Distinção das estatais prestadoras de serviços públicos. 6. Competência da atuação. 7. Considerações finais.

## 1. Introdução

A exploração estatal de atividade econômica está prevista no artigo 173 e parágrafos da Constituição da República.

De sua leitura, denotam-se as seguintes características: I) não é serviço público; II) é regida pelo Direito Privado; III) somente pode ser realizada excepcionalmente (exploração supletiva); IV) é estabelecida por lei complementar (até agora não editada); V) deve ser exercida por entidades estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista ou suas subsidiárias); VI) tais entidades não podem gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado; e VII) maior poder de exploração pertence à União.

Vejam-se algumas considerações.

## 2. Distinção do serviço público, pois regida pelo Direito Privado

Sobre a distinção entre serviço público e exploração estatal de atividade econômica, preleciona Bandeira de Mello (2002, p. 611-612), *ipsis litteris*:

Alcione Vicente Schmitt é Advogado da União – PU/SC e Mestre em Ciência Jurídica – Universidade do Vale do Itajaí.

“A distinção entre uma coisa e outra é óbvia. Se está em pauta atividade que o Texto Constitucional atribuiu aos particulares e não atribuiu ao Poder Público, admitindo, apenas, que este, excepcionalmente, possa empresá-la quando movido por ‘imperativos da segurança nacional’ ou acicatado por ‘relevante interesse coletivo’, como tais ‘definidos em lei’ (tudo consoante dispõe o art. 173 da Lei Magna), casos em que operará, basicamente, na conformidade do regime de Direito Privado, é evidente que em hipóteses quejandas não se estará perante atividade pública, e, portanto, não se estará perante serviços públicos.”

O regime jurídico de Direito Privado a ser observado pelas entidades estatais que exploram atividade econômica é necessário, pois não é dado ao Poder Público atuar nessa esfera, própria dos particulares, em condições privilegiadas, o que geraria, por assim dizer, uma verdadeira concorrência desleal em prejuízo destes últimos (Cf. MELLO, 2002, p. 626).

Tanto é assim que tais entidades não podem gozar da prerrogativa de foro nem de execução pelo sistema constitucional de precatórios.

Destarte, apesar de serem regidas pelo Direito Privado, em termos de licitações e contratos, devem observar os princípios da administração pública, *ut* artigo 173, § 1º, III, da *Lex Mater*, a serem estabelecidos em seus Estatutos.

Foi nesse propósito que o artigo 67 da Lei nº 9.478/97<sup>1</sup>, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo, adotou o procedimento licitatório simplificado para a PETROBRAS.

Em relação à aquisição de bens necessários à própria atividade e à alienação dos bens resultantes desse desempenho, não se exige qualquer procedimento licitatório para as estatais exploradoras de atividade econômica.

A propósito, entende-se como desnecessária a promoção de uma licitação para, *exempli gratia*, a aquisição de barris de petróleo para refino ou para a venda dos bens

produzidos pela PETROBRAS, pois, caso contrário, haveria conflito entre os fins desejados pela Administração Pública, só alcançáveis por meio da atuação mais expedita, mais pronta, dessas empresas, e a obrigatoriedade de licitar. Nesse caso, sob pena de soçobrar a empresa pública, deve-se entender inexigível a licitação (Cf. GASPARINI, 2002, p. 362).

Isso posto, a exploração estatal de atividade econômica será regida pelos direitos civil, comercial e trabalhista.

### 3. Atuação supletiva

Em relação à excepcionalidade dessa atuação do Estado, reporta-se às palavras de Lopes Meirelles (2002, p. 609-610), *ipsis verbis*:

“Como se infere dos dispositivos supramencionados, só é admissível a *atuação supletiva do Estado* na atividade econômica, não mais a interventiva, que se vinha praticando com tanta frequência e ilegalidade antes da edição da atual Carta.

*Atuar* é interferir na iniciativa privada. Por isso mesmo, a atuação estatal só se justifica como exceção à liberdade individual, nos casos expressamente permitidos pela Constituição e na forma que a lei estabelecer. O modo de atuação pode variar segundo o objeto, o motivo e o interesse público a amparar. Tal interferência pode ir desde a repressão a abuso do poder econômico até as medidas mais atenuadas de controle do abastecimento e do tabelamento de preço, sem excluir outras formas que o Poder Público julgar adequadas em cada caso particular. O essencial é que as medidas interventivas estejam previstas em lei e sejam executadas pela União ou por seus delegados legalmente autorizados.”

Assim sendo, pelo caráter excepcional dessa atuação, nos exatos termos da *Lex*

*Mater*, somente deve ser admitida supletivamente, ou seja, quando o particular não detiver condições de viabilizar consideravelmente tais atividades.

Até porque só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

#### 4. Exigência de lei para regular a matéria

Até a presente data, não foi editada lei complementar para regular a atuação estatal em atividade econômica, restando, pelo menos em tese, inviabilizada tal prática pelo Poder Público.

Contudo, parafraseando Marcos Juruena (2001, p. 594), anota-se que o “imperativo de segurança nacional” está ligado à defesa do território e à liberdade da população, enquanto o “relevante interesse coletivo” em determinados setores será vinculado ao estabelecido na Lei-programa do plano político-partidário escolhido no processo eleitoral.

Entende-se que a necessidade de edição de lei complementar a fim de regular a matéria advém da última parte do artigo 37, XIX, da *Lex Mater*.

Ademais, até a mencionada lei complementar ser editada, não podem, em tese, ser criadas empresas públicas, sociedades de economia mista ou quaisquer modalidades de pessoas estatais exploradoras de atividade econômica (Cf. MELLO, 2002, p. 625).

Prova disso é que as estatais federais hoje existentes são, em sua maioria, prestadoras de serviços públicos, como é, *verbi gratia*, o caso da INFRAERO, da EBCT e da RFFSA.

Como estatais federais exploradoras de atividade econômica cita-se, exemplificada-

mente, o BNDES, o Banco do Brasil, a PETROBRAS e a CEF.

Entretanto, Gasparini (2002, p. 355-356) observa, *in litteris*:

“(…) Essas empresas só serão legitimamente constituídas se observarem esse figurino, cabendo, obrigatoriamente, ao Estado (União, Estado-Membro, Distrito Federal e Município) reexaminar se as atuais empresas públicas destinam-se a realizar imperativos de segurança nacional ou relevantes interesses coletivos, mantendo as assim consideradas e privatizando as desgarradas dessa destinação. A manutenção das empresas que não cumprem imperativos da segurança nacional ou que não realizam relevantes interesses coletivos afronta o disposto no art. 173 da Lei Maior.”

Isso posto, cabe ao ente político que as criou reexaminar se as estatais exploradoras de atividade econômica se adequam ao texto constitucional, sob pena de afronta ao disposto no comentado artigo 173.

É nesse contexto que o Governo Federal brasileiro instituiu o Programa Nacional de Desestatização, a fim de privatizar todas as estatais que exploram indevidamente atividades econômicas.

#### 5. Distinção das estatais prestadoras de serviços públicos

É oportuno destacar as principais diferenças entre as estatais exploradoras de atividade econômica e as prestadoras de serviços públicos.

Veja-se o quadro comparativo abaixo:<sup>2</sup>

<b>Exploradoras de atividade econômica</b>	<b>Prestadoras de serviços públicos</b>
Regime jurídico de Direito Privado <sup>3</sup>	Regime jurídico de Direito Público
Responsabilidade civil subjetiva	Responsabilidade civil objetiva <sup>4</sup>
Não podem receber privilégios fiscais <sup>5</sup>	Podem receber privilégios fiscais
Bens podem ser penhorados e executados	Bens não podem ser penhorados e executados <sup>6</sup>
Direito de greve dos empregados regulado <sup>7</sup>	Direito de greve dos empregados não regulado
Licitação inexigível (atividades-fim) <sup>8</sup>	Licitação obrigatória <sup>9</sup>
Não integram a Administração Pública indireta <sup>10</sup>	Integram a Administração Pública indireta
Não praticam atos administrativos	Praticam atos administrativos <sup>11</sup>

## 6. Competência da atuação

A Constituição da República quis dar maior poder de exploração à União, notadamente quando relacionada aos imperativos da segurança nacional, atividade de sua exclusiva competência, *ut* artigos 21, III e 22, XXVIII, ambos da Constituição da República.

Nesse diapasão, Gasparini (2002, p. 619, grifo nosso) leciona, *in verbis*:

“A competência para intervir na atividade econômica não é distribuída de modo uniforme entre os componentes de nossa Federação. Seguramente o maior poder para intervir cabe à União. Todos podem atuar na economia, intervir, portanto, mediante empresas governamentais (sociedade de economia mista, empresa pública), criadas e destinadas a explorar certa atividade econômica, desde que *só à União cabe intervir, através dessas entidades, quando dita medida for necessária aos imperativos de segurança nacional. Assim é porque apenas à União dizem respeito os interesses de segurança nacional. O controle de preços e do abastecimento e a repressão ao abuso do poder econômico cabem à União. Ainda há intervenção federal na atividade econômica quando a União, por força da Lei Maior, atua sob o regime de monopólio.* As intervenções consubstanciadas no exercício de funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento cabem a todos os entes federados, observados os limites de competência prescritos pela Constituição Federal.”

Até porque, em relação à segurança nacional, é competência privativa do Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros, declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, e celebrar a paz, *ut* artigo 84, VII, XIX e XX, respectivamente.

Porém, o Estado não poderá explorar diretamente atividade econômica, mas, sim, por intermédio de empresa pública, socie-

dade de economia mista, ou suas subsidiárias, sempre constituídas por lei específica, e nos estritos ditames constitucionais, sob pena da ocorrência de verdadeira concorrência desleal, o que é inadmissível e reprovável.

## 7. Considerações finais

A exploração estatal de atividade econômica está prevista no artigo 173 e parágrafos da Constituição da República e será regida pelos direitos civil, comercial e trabalhista.

Essa atuação somente deve ser admitida supletivamente, ou seja, quando o particular não detiver condições de viabilizar consideravelmente tais atividades.

Até a presente data não foi editada lei complementar para regular a temática.

As empresas estatais exploradoras de atividade econômica possuem regime jurídico diferenciado das prestadoras de serviços públicos.

É da União o maior poder de exploração estatal de atividade econômica.

## Notas

<sup>1</sup> “Os contratos celebrados pela PETROBRAS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.”

<sup>2</sup> Elaborado principalmente a partir de entendimentos doutrinários, já que a interpretação legislativa e jurisprudencial não é uniforme.

<sup>3</sup> Art. 173, § 1º, II, da *Lex Mater*.

<sup>4</sup> Art. 37, § 6º, da Carta Magna.

<sup>5</sup> Art. 173, § 2º, da Magna Carta.

<sup>6</sup> “Se prestadoras de serviços públicos, os bens, direitos e interesses vinculados à sua execução terão proteção especial, como qualquer concessionário de serviço público tem, em vista do princípio da continuidade do serviço público”. MELLO, [2002?] p. 142. *apud* GASPARINI, 2002, p. 370.

<sup>7</sup> Lei nº 7.783/89.

<sup>8</sup> “(...) Em suma: já decidiu o TCU que os negócios que têm por objeto uma obra, um serviço ou uma compra relacionados com as atividades-meio exigem licitação, enquanto os negócios que têm por objeto uma compra ou um serviço relacionados com as atividades-fim dispensam esse procedimento,

pois são regulados pelo Direito Comercial.” GASPARINI, 2002, p. 373.

<sup>9</sup> Art. 37, XXI, da Carta Política.

<sup>10</sup> “(...) Quando são criadas e organizadas para esse desempenho, por evidente, não integram a Administração Pública indireta da União, do Estado-Membro, do Distrito Federal ou do Município. Tanto é assim que foram reguladas, na Constituição Federal, no Título VII, que trata ‘Da Ordem Econômica e Financeira’.” GASPARINI, 2002, p. 367.

<sup>11</sup> “Os atos das sociedades de economia mista, se prestadoras de serviços públicos, são, em alguns casos, atos administrativos. Por essa razão podem ser atacados por mandado de segurança (Lei federal nº 1.533/51, art. 1º, § 1º) quando ilegal ou abusivamente afrontarem direito líquido e certo de alguém, e, se lesivos aos interesses dessas sociedades, por ação popular (Lei federal nº 4.717/65, art. 1º). (...) Atente-se que, se interventoras no domínio econômico, seus atos e contratos são regulados pelo

Direito Privado (art. 173, § 1º, II, da CF). Contratais atos não cabe mandado de segurança.” GASPARINI, 2002, p. 372-373.

### Referências

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, [2002?].

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

