

LUCRATIVIDADE E FUNÇÃO SOCIAL NAS EMPRESAS SOB CONTROLE DO ESTADO

EROS ROBERTO GRAU

SUMÁRIO: I — Introdução. II — As “empresas sob controle do Estado”. III — Conceito de sociedade de economia mista. IV — Conceito de empresa pública. V — Primeiras conclusões. VI — Classificação das empresas sob controle do Estado. VII — A posição da doutrina. VIII — A função social das empresas sob controle do Estado. IX — A lucratividade nas empresas sob controle do Estado.

I — Introdução

1. A exploração do tema da “lucratividade e função social nas empresas sob controle do Estado”, no quadro do ordenamento jurídico vigente entre nós, reclama a postulação de algumas noções introdutórias.

Assim, tem-se por necessária e adequada, em um primeiro momento, a determinação do universo abrangido pela expressão “*empresas sob controle do Estado*”, o que me conduzirá, em seguida, à enunciação das definições de sociedade de economia mista e de empresa pública contempladas em nosso direito positivo.

Um passo adiante, verificaremos imperiosamente também colocar-se a necessidade de, naquele quadro, distinguirmos tipos distintos de empresas sob o controle do Estado — as que prestam *serviço público* e as que desenvolvem “*iniciativa econômica*” — o que, por sua vez, levar-me-á à prática de um exercício tentativo de classificação das empresas estatais.

Somente após alinhados os subsídios extraídos àquela determinação e classificação poderemos, com fluência, tratar do objeto específico do presente relatório.

II — As “empresas sob controle do Estado”

2. No direito positivo brasileiro encontramos enunciadas algumas conceituações de sociedade de economia mista e ao menos uma de empresa pública.

Não obstante, em tais definições não se inclui a generalidade das empresas que temos sob referência na expressão “empresas sob controle do Estado”. A esta corresponde outra — “empresas estatais” — dela sinônima.

Ao fazermos uso tanto de uma quanto de outra expressão referimo-nos não apenas àquelas empresas que estão abrangidas pelas conceituações de sociedade de economia mista e pela de empresa pública, mas à *totalidade das empresas sujeitas ao controle, direto ou indireto, do setor público* — União, Estados e Municípios e suas respectivas entidades da chamada Administração Indireta,

na qual, aliás, incluem-se as próprias sociedades de economia mista e empresas públicas. Algumas de tais empresas se amoldam, com exatidão, às definições legais de sociedade de economia mista e de empresa pública. Outras, contudo, não se acomodam em nenhum desses casulos.

“Empresas estatais” ou “empresas sob controle do Estado”, portanto, são expressões que designam noção ampla, que engloba não apenas as “sociedades de economia mista” e as “empresas públicas”, tal como definidas pelo direito positivo, mas também as demais empresas que, embora sob controle do Estado — e, por isso, estatais — com aquelas não se confundem.

3. Um determinado aspecto, no enunciado da expressão “empresas sob controle do Estado”, deve ser aqui imediatamente enfrentado.

Refiro-me à significação, na expressão, da palavra “controle”.

A linguagem jurídica, como é sabido,¹ é nutrida pela linguagem natural, que apresenta uma textura aberta. Por isso mesmo, a linguagem jurídica apresenta zonas de penumbra e é, atual ou potencialmente, ambígua e imprecisa.

A ambigüidade decorre da circunstância de, em diversos contextos, as mesmas palavras e expressões designarem distintos objetos ou propriedades. É, precisamente, o que ocorre com a palavra “controle”, que assume, em variados contextos, múltiplas significações.²

A significação precisa a ser atribuída a uma palavra ou expressão ambígua é a por ela assumida no contexto em que usada. Daí por que a precisão dessa significação envolve a consideração e análise daquele contexto.

No caso, cuidamos — em tema jurídico, que portanto envolve a manipulação da linguagem jurídica — da *lucratividade e função social nas empresas sob controle do Estado*.

Vale dizer: nas empresas através das quais o Estado atua como *agente econômico*, seja prestando serviço público, seja desenvolvendo, excepcionalmente, atividade que compete preferencialmente ao setor privado.

O Estado, modernamente, atua *sobre e no* domínio econômico. No primeiro caso, como *regulamentador e conformador de comportamentos econômicos* — aí tem sob “controle” a ação das empresas privadas, embora não exclusivamente, eis que “controla” também a ação das empresas estatais. No segundo, como *agente econômico* — aí “controla” determinadas empresas, que atuam como extensões de si próprio.

No segundo caso temos o Estado atuando *através* de empresas dele próprio, Estado. A “empresa *sob controle* do Estado”, aí, não é senão a *forma* de que se utiliza o Estado para atuar como agente econômico.

Por isso que há sinonímia entre as expressões “empresa sob controle do Estado” e “empresa estatal”. Por isso também que, em última instância, cogitar da lucratividade e função social nas empresas sob controle do Estado equivale a cuidar da lucratividade e função social do Estado, enquanto atuando como agente econômico.

Controle, portanto, neste contexto, significa poder de determinar as deliberações empresariais — as deliberações da assembléia geral, na hipótese, que é regra, de sociedade anônima.³

1. Vide Genaro Carrió, *Notas sobre Derecho y Language*, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.

2. Vide Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3.ª ed., Forense, Rio, 1983, pp. 11-16 e 57-67.

3. Vide Fábio Konder Comparato, *ob. cit.*, p. 67.

Visto isso, estamos em condições de tratar dos conceitos de sociedade de economia mista e de empresa pública.

III — Conceito de sociedade de economia mista

4. Não há consenso, em nossa doutrina, a respeito do conceito de sociedade de economia mista.

Para alguns autores, elas se compreendem como espécie do gênero “para-estatal”, porque dependem do Estado para sua organização, praticando, ademais, atos delegados de Poder Público; assim, assumem caráter híbrido; o elemento essencial, nelas, é a participação do Estado na economia interna da empresa — no capital ou na direção — de modo a lhes atribuir caráter paraestatal.⁴

Para outros, de economia mista é a sociedade anônima em que a entidade estatal, em qualquer das modalidades de que se reveste, é acionista ou obrigacionista.⁵

Outros autores entendem que o elemento que as caracteriza — além da coexistência, nela, de capitais públicos e privados — é a sua submissão a um regime jurídico especial, marcado por certa originalidade em relação às demais sociedades comerciais.⁶

Em linha isolada, há quem afirme que as sociedades de economia mista são instrumentos de que se vale o Estado — ao lado das empresas públicas — para exercer a atividade econômica a que respeita o § 1.º do art. 170 do texto constitucional; um tipo de atividade por elas exercida — atuação *no* domínio econômico, mas tão-somente no excepcional desenvolvimento de atividade que compete preferencialmente ao setor privado — é que as caracteriza como de economia mista.⁷

4. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 9.ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1982, pp. 297-300. Tal entendimento resulta equívoco, inicialmente na medida em que pressupõe que toda e qualquer atividade das sociedades de economia mista se realize em campo pertencente à titularidade do Poder Público, pois apenas assim poder-se-ia cuidar de “delegação de Poder Público”; como explicar, nestas circunstâncias, o desenvolvimento, por sociedades de economia mista, de ação no *domínio econômico*, área de atuação preferencial das empresas privadas, na qual, inclusive — nos termos do que define o § 2.º do art. 170 do vigente texto constitucional — elas atuam despidas de qualquer prerrogativa de Poder Público? De outra parte, nos termos desse entendimento, seria dispensável a participação do Estado no capital da sociedade para que se desse a sua caracterização como “de economia mista”: bastaria, para tanto, a participação técnica, administrativa, científica ou cultural do Estado nela, desde que “ativa”. De resto, tem-se ainda que *paraestatais* são as entidades dotadas de prerrogativas de Poder Público sendo certo que as sociedades de economia mista, entre nós, são personalidades jurídicas de direito privado.

5. José Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, p. 237. Cuida-se, aí, de *Conceito econômico e não jurídico*.

6. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, Ed. RT, São Paulo, 1973, p. 93.

7. Antonio Carlos Cintra do Amaral, “Conceito de Sociedade de Economia Mista na Nova Lei das S/A”, RDP 37-38/25. Tal entendimento consubstancia verdadeira antítese do esposado por Hely Lopes Meirelles (vide nota 4). Resulta insuficiente e insatisfatório, contudo, na medida em que recusa às sociedades que desenvolvem serviço público a caracterização como “de economia mista” e, de resto, desconsidera o envolvimento delas — sociedades de economia mista — por um regime jurídico especial.

5. Além das posições acima aludidas, porém, há outra, à qual faz adesão parte da doutrina e que, recentemente, resultou sufragada em decisões do Supremo Tribunal Federal.

Adotada a premissa de que a enunciação do conceito jurídico de sociedade de economia mista não pode repousar senão sobre a consideração de *traços jurídicos* — com a recusa, portanto, da concessão de primazia, para tanto, à ponderação de traços econômicos e/ou administrativos — tem-se, a partir da visualização do texto do Dec.-lei 200/67, que o critério jurídico adequado à caracterização da sociedade de economia mista encontra-se na outorga de direitos especiais à entidade estatal (ou entidades estatais) acionista dela.⁸

A outorga de tais direitos especiais, que fazem exceção à legislação comum aplicável às sociedades por ações, dá-se em lei, que implica derrogação daquela legislação comum.

A lei que define a outorga de tais direitos, derogando a legislação comum — lei federal, visto que à União compete, nos termos do art. 8.º, XVII, “b” do vigente texto constitucional, legislar sobre direito comercial — opera, em tais condições, a *criação* da sociedade de economia mista.

A sociedade de economia mista, pois, é *criada por lei*. Este o elemento primordial a caracterizá-la como sociedade de economia mista: a *criação por lei*.⁹ Cuida-se aqui, evidentemente, não da criação da sociedade como pessoa jurídica, mas da *criação de um modelo jurídico especial*, excepcional em relação ao modelo ortodoxo de sociedade anônima. No bojo deste modelo excepcional, criação da lei, o Estado atua não como mero Estado-acionista, em igualdade de condições com os acionistas privados da sociedade, mas, parcialmente — no âmbito das prerrogativas que lhe tenham sido atribuídas pela lei que cria o modelo — como Estado-poder, em posição privilegiada em confronto com os acionistas privados. O Estado, destarte, nas sociedades de economia mista, está em situação assimétrica em relação aos seus acionistas privados, ao passo que, nas sociedades estruturadas segundo o modelo ortodoxo de sociedade anônima, de cujo capital participe, ainda que majoritariamente — e que não serão entendidas como de economia mista — está em situação de simetria em relação aos seus acionistas privados.¹⁰

Nesta linha a tese acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 91.035-2, Rio de Janeiro — caso BANRIO Crédito Imobiliário S/A — quando, em 26.6.79, decidiu que: “Não é possível confundir sociedade de economia mista com sociedade sob controle acionário do Poder Público. É a situação especial

8. Refiro-me a “acionista” porque a sociedade de economia mista assume necessariamente a forma de sociedade por ações.

9. Neste sentido as posições assumidas por Waldemar Ferreira (*A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, 1946, p. 133) e Vicente Ráo (*O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. 1.º, 1952, Max Limonad, 1960, p. 361) mesmo anteriormente ao Dec.-lei 200/67. Detido levantamento dos nomes e obras dos que as assumem, posteriormente, no artigo de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “O Conceito Jurídico de Sociedade de Economia Mista”, RDA 79/12, nota 37.

10. Vide Eros Roberto Grau, “Comentários ao Capítulo XIX — Sociedades de Economia Mista”, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, co-edição do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Resenha Universitária, 1978, pp. 141 e ss.; “Empresa Mista”, verbete, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 31; e “Sociedade Controlada pelo Estado”, parecer in RT 529/31.

que o Estado se assegura, através de lei criadora, que caracteriza o ente assim instituído como sociedade de economia mista".¹¹

6. Até este ponto cogitamos das posturas doutrinárias atinentes à conceituação das sociedades de economia mista, referindo, também, a respeito, relevante decisão do Poder Judiciário.

Cumpra salientar, no entanto, de imediato, que no direito positivo brasileiro há mais de um *conceito legal* de sociedade de economia mista. De formas diversas concebem-na o Dec.-lei 200/67 e a Lei 6.404/76.

7. O art. 5.º, III do Dec.-lei 200/67 — com a redação que lhe foi atribuída pelo Dec.-lei 900/69 — define-a como "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração Indireta".

Características dela, pois, no conceito do Dec.-lei 200/67, são as seguintes: a) coexistência de capitais públicos e privados, com maioria dele porém atribuída à União ou a entidade da Administração Indireta; b) personalidade jurídica de direito privado; c) forma de sociedade anônima; d) exploração de atividade econômica; e) criação por lei.

No que tange ao requisito da *criação por lei*, aplicam-se as observações alinhadas no item 5, acima.

Quanto à referência à *exploração de atividade econômica*, dela tratarei mais adiante, ao cuidar da classificação das empresas sob controle do Estado.

8. A Lei 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, não enuncia, expressamente, um conceito de sociedade de economia mista. Não obstante, nela dá-se acolhimento às linhas fundamentais de conceituação contemplada no art. 5.º, III do Dec.-lei 200/67. Essa circunstância tem sido sempre enfatizada pela doutrina: o seu art. 236 determina que "a constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa".

Note-se contudo que, ao passo que, nos termos do Dec.-lei 200/67, a sociedade de economia mista é *criada por lei* — atribuindo-se a esta *criação* o sentido específico acima enunciado — segundo a Lei 6.404/76 o que se impõe, para o surgimento dela, é mera *autorização legislativa*.

O art. 236 da Lei 6.404/76, no entanto, define que "as sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal". Nesta menção, a *disposições especiais de lei federal*, entende-se esteja contemplado o reconhecimento de que a sociedade de economia mista, a que respeita a Lei 6.404/76, está sujeita a regime jurídico especial, excepcional em relação ao direito comum.

11. RT 538/282 e RTJ 96/1.323. No mesmo sentido os acórdãos RE 92.338-1, DJ de 11.4.80; 92.340, DJ de 18.4.80; 93.175-9, DJ de 21.10.80. Vide o comentário de Vera Helena de Melo Franco a respeito da matéria, RDM 40/140. Vide também parecer do Consultor-Geral da República, publicado na RDM, vol. 43, acompanhado de comentário de Mauro Rodrigues Penteado. Nele a tese está parcialmente acolhida — cogita-se de "autorização legislativa" para a constituição da sociedade de economia mista — e, embora algumas considerações no seu texto expendidas mereçam reparos, há ricas referências a distintas manifestações do Poder Judiciário em relação à matéria. Note-se porém que há nítida distinção entre a lei que *cria* o modelo jurídico "sociedade de economia mista" e a lei que *autoriza* a sua constituição, esta última disposição de caráter financeiro, com o sentido de autorizar a realização de despesa.

De toda sorte, é certo que não há correspondência plena entre o conceito de sociedade de economia mista definido pelo Dec.-lei 200/67 e a noção que dela toma a Lei 6.404/76. Isso ocorre na medida em que a Lei 6.404/76 trata como se não fossem sociedades de economia mista sociedades que, nos termos do que define o Dec.-lei 200/67, são entendidas como sociedades de economia mista.

Pois o § 2.º do art. 235 da Lei 6.404/76 dispõe: “as companhias de que participarem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta lei, sem as exceções previstas neste capítulo”.

O capítulo em que inserido o art. 235 é o de n. XIX, da Lei 6.404/76, que trata justamente das sociedades de economia mista. Nele — arts. 235 e 242 da lei — estão definidas as disposições específicas aplicáveis às sociedades de economia mista.

Assim, na medida em que às companhias de que participarem, majoritariamente (ou minoritariamente), as sociedades de economia mista não se aplicam as disposições específicas — “exceções” — previstas no Capítulo XIX da Lei 6.404/76, temos por evidente que tais companhias, para os efeitos da Lei 6.404/76, *não são entendidas como sociedades de economia mista*.

Sê-lo-ão, no entanto, para os efeitos do Dec.-lei 200/67.

Com efeito, o Dec.-lei 200/67 concebe a existência de sociedades de economia mista de primeiro e de segundo grau. Do primeiro tipo, aquelas sob *controle da União*; do segundo, as *sob controle de entidade da Administração Indireta*.

Ora, as sociedades de economia mista são entidades da Administração Indireta, nos termos do que define o art. 4.º, II, “c” do próprio Dec.-lei 200/67.

Desta sorte, para os efeitos do Dec.-lei 200/67, *são sociedades de economia mista do segundo grau* as companhias de que participarem, majoritariamente, as sociedades de economia mista de primeiro grau.

Diversamente, para os efeitos da Lei 6.404/76, *não são sociedades de economia mista* as companhias de que participarem, majoritariamente, as sociedades por ela concebidas como de economia mista — isto é, as sociedades de economia mista de primeiro grau.

Daí a verificação de que, tal como anteriormente afirmado, não há correspondência plena entre o conceito de sociedade de economia mista definido pelo Dec.-lei 200/67 e a noção que dela toma a Lei 6.404/76. O universo abrangido por esta última é menor do que o colhido pelo conceito contemplado no Dec.-lei 200/67.¹²

Outra verificação que de tudo extraímos é a seguinte: assim como há empresas sob controle do Estado que não se acomodam às definições legais de sociedade de economia mista — e de empresa pública — algumas (as de segundo grau), que para os efeitos do Dec.-lei 200/67 são entendidas como sociedades de economia mista, não são entendíveis como sociedades de economia mista para os efeitos da Lei 6.404/76.

12. A incompreensão dessa evidência conduz o intérprete, muitas vezes, a conclusões verdadeiramente inusitadas. Assim, a Consultoria Geral da República (parecer 3.644/67, DOU, Seção I, de 26.6.77) chegou a afirmar que às sociedades de economia mista de segundo grau se aplica a norma contida no § 1.º do art. 237 da Lei 6.404/76, com o que escancaradamente, viola a norma disposta pelo § 2.º do art. 235 da própria Lei 6.404/76.

9. Não são estas duas, no entanto, as únicas concepções consagradas no direito positivo brasileiro, das quais decorre o alinhamento de *conceitos legais* de sociedade de economia mista.

Porque até o advento da Lei 6.264/75, as sociedades de economia mista mereciam tratamento especial na legislação do imposto de renda — este incidia tão-somente sobre a parcela de lucros atribuível aos seus acionistas privados — a regulamentação do tributo definia serem sociedades como tais todas as anônimas “nas quais pelo menos 51% das ações com direito a voto pertençam à União, aos Estados e aos Municípios”.¹³

Nesta conceituação, o elemento econômico (participação majoritária no capital com direito a voto) é que se prestava a caracterizar como tal as sociedades de economia mista. Além disso, dela resultava evidente a admissão da existência de sociedades de economia mista estaduais e municipais, aspecto a respeito do qual logo a seguir será feita referência. Porque, contudo, a partir da vigência da Lei 6.264/75, as sociedades de economia mista deixaram de merecer tratamento tributário específico, deixou a regulamentação do imposto de renda de enunciar conceito que as identifique como tais, para os efeitos da legislação do tributo.

Não obstante, a própria Lei 6.264/75, porque em seu art. 6.º dispensou do pagamento de multas, juros moratórios e correção monetária os recolhimentos do tributo em atraso, pelas sociedades de economia mista, no § 4.º deste mesmo art. 6.º definiu: “Para os fins previstos neste artigo, consideram-se sociedades de economia mista aquelas sob controle governamental”.

10. Assim, é certo que, embora o art. 6.º da Lei 6.264/75 contemple disposição transitória, sobrevivem no direito positivo diversas conceituações de sociedade de economia mista.

Examinado o texto constitucional vigente, verificaremos, por exemplo, que o princípio da vedação da acumulação remunerada de cargos e funções públicas abrange os titulares de cargos e funções e os empregados de sociedade de economia mista — art. 99, § 2.º; que deputados e senadores não poderão, desde a expedição do diploma, firmar ou manter contrato (salvo quando este obedecer a cláusulas uniformes) e não poderão aceitar cargo, função ou emprego remunerado em sociedades de economia mista — art. 34, I — e também não poderão, desde a posse, ocupar cargo, função ou emprego, nelas, de que sejam demissíveis *ad nutum*, bem assim patrocinar causa em que seja interessada qualquer delas — art. 34, II —; que as questões entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas sociedades de economia mista serão decididas pela autoridade administrativa, na forma da lei, ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão — art. 205.

Ora, diante de tais disposições parece evidente devermos conceber em termos muito amplos — e não naqueles, restritos, dos conceitos definidos pelo Dec.-lei 200/67 e, mais ainda, da Lei 6.404/76 — as sociedades de economia mista. Pois assim não fora e, evidentemente, as finalidades dos preceitos constitucionais resultariam fatalmente frustradas.

No caso, portanto, o conceito de sociedade de economia mista a considerar, para os efeitos de aplicação, *v.g.*, dos arts. 99, § 2.º, 34, I e II e 205 do vigente texto constitucional, há de ser análogo ao que enuncia o § 4.º do art.

13. Cf. art. 239, § 2.º do regulamento aprovado pelo Dec. 76.186, de 2.9.75.

6.º da Lei 6.264/75: serão, para tais efeitos, sociedades de economia mista, aquelas — anônimas ou não — sob controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios.¹⁴

11. No correr da exposição até este passo desenvolvida restou enunciada a coexistência, no direito positivo brasileiro de mais de um conceito legal de sociedade de economia mista.

Nada de estranho ou inusitado há nessa coexistência, pois os conceitos jurídicos não são idéias, reflexões sobre a essência das coisas, mas ferramentas que forjamos para descrever a realidade,¹⁵ tendo em vista a realização de determinadas finalidades.

Não será jamais demasiado lembrar que a finalidade é o criador de todo o Direito e que não existe norma ou ordenamento jurídico que não deva sua origem a uma finalidade.¹⁶ Os conceitos jurídicos tem razão de ser na medida em que permitem e viabilizam a aplicação de normas jurídicas; os definidos no âmbito de um determinado ordenamento instrumentam precisamente a aplicação das normas *deste* ordenamento.

Por isso nada mais coerente do que a atribuição, por distintos ordenamentos, de conceituações legais diversificadas para o que se designa sob a expressão “sociedade de economia mista”. Uns e outros conceitos legais não podem ter a sua correção questionada senão no interior da instância de enunciação em que formulados. São corretos, *nos seus sentidos referenciais*, para os efeitos dos ordenamentos em que definidos: o Dec.-lei 200/67, a Lei 6.404/76, as disposições constitucionais.

12. Visto isso, uma questão relevante, atinente ainda às sociedades de economia mista, pode e deve ser colocada. Trata-se de indagar da possibilidade jurídica da existência delas a nível estadual e municipal.

A resposta a essa questão há de ser dada nos seguintes termos: inexistem, *para os efeitos do Dec.-lei 200/67 e da Lei 6.404/76*, sociedades de economia mista estaduais e municipais; existem porém, *para os efeitos da aplicação de determinadas disposições constitucionais*, sociedades de economia mista estaduais e municipais.

A impossibilidade da existência delas, no primeiro caso, decorre da circunstância, já acima apontada, de que somente lei federal — sendo insuficientes as leis estaduais e municipais para tanto — pode derrogar a legislação comum (matéria de direito comercial), *criando* a sociedade de economia mista como modelo jurídico não ortodoxo.¹⁷

13. De tudo resulta demonstrada, no entanto — e isso é que importa enfatizar — a existência real de empresas sob o controle do Estado que não podem ser entendidas como sociedades de economia mista, para os efeitos do

14. Assim também com a referência do § 2.º do art. 170 do texto constitucional a elas; nela a expressão “sociedade de economia mista” equivale a empresa sob controle do Estado.

15. Cf. Alf Ross, *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*, trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Pachero Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, pp. 85-86.

16. Cf. Rudolph von Ihering, *Der Zweck im Recht*, Druck und Verlag von Britkopp & Härtel, Erster Band, zweite umgearbeitete auflage, Leipzig, 1884, p. VIII.

17. Observe-se que, não obstante, parte da doutrina sustenta a possibilidade jurídica da existência de sociedades de economia mista — e de empresas públicas — estaduais e municipais. Vide Eros Roberto Grau, *Comentários ao Capítulo XIX — Sociedades de Economia Mista*, cit., pp. 146-149.

Dec.-lei 200/67 e da Lei 6.404/76 — nem como empresas públicas — não obstante mereçam detida consideração no tratamento do tema objeto deste relatório.

IV — Conceito de empresa pública

14. Há relativo consenso, na doutrina brasileira, a respeito do conceito de empresa pública.

O conceito legal dela, enunciado no art. 5.º, II do Dec.-lei 200/67 — com a redação que lhe foi atribuída pelo Dec.-lei 900/69 — em torno do qual tal consenso é estabelecido, descreve-a como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”.

Além disso, dispõe o art. 5.º do Dec.-lei 900/69: “Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Características dela, portanto, são as seguintes: a) exclusividade de capitais públicos; b) personalidade jurídica de direito privado; c) adoção de qualquer das formas admitidas em direito; d) exploração de atividade econômica; e) criação por lei.

No que tange ao requisito da *criação por lei*, está nitidamente referido a *criação de modelo jurídico excepcional*: trata-se, no caso das empresas públicas *unipessoais* (cf. conceito no art. 5.º, II do Dec.-lei 200/67), de sociedade de um só membro. Tanto no que respeita a estas quanto no que concerne às *pluripessoais* (com existência prevista no art. 5.º do Dec.-lei 900/69), cuida-se de modelo excepcional em relação à legislação comum, aplicável às sociedades comerciais.

Quanto à referência à exploração de *atividade econômica*, dela tratarei logo adiante, ao cuidarmos da classificação das empresas sob controle do Estado.

15. Com relação à possibilidade da existência de empresas públicas estaduais e municipais, as *unipessoais* evidentemente só podem surgir em decorrência de criação em lei federal: trata-se de sociedades de um só membro.¹⁸

No que respeita às *pluripessoais*, a elas se aplicam as considerações acima desenvolvidas — item 11 — atinentes à impossibilidade da existência delas, a nível estadual e municipal, para os efeitos do Dec.-lei 200/67 e da Lei 6.404/76: cuida-se, aqui também, de modelos jurídicos não ortodoxos.

V — Primeiras conclusões

16. A ponderação de tudo quanto até este ponto exposto permite o alinhamento das seguintes verificações:

18. Poder-se-ia, contudo — desde que tivéssemos sob consideração tão-somente este aspecto — cogitar da criação de empresa pública estadual ou municipal como subsidiária integral de sociedade estadual ou municipal (art. 251 da Lei 6.404/76).

— sociedades de economia mista e empresas públicas consubstanciam modelos jurídicos especiais, objeto de criação, como tal, por lei federal;

— a multiplicidade de conceitos legais de sociedade de economia mista tem provocado confusões e desentendimentos no seio da doutrina;

— grande parte dos debates travados a respeito dos temas da conceituação das sociedades de economia mista e das empresas públicas passa a configurar mera *lana caprina* quando tenhamos apreendido a realidade de que existem inúmeras empresas sob controle do Estado que não consubstanciam nem sociedade de economia mista nem empresa pública.

Resta bem determinado, assim o universo das empresas de cuja lucratividade e função social incumbe-nos cuidar.

Nova precisão, todavia, neste passo se impõe. Há que cogitar, em seguida, da distinção entre tipos diversos de empresas sob controle do Estado: as que prestam serviço público e as que desenvolvem “iniciativa econômica”. Isso nos conduzirá à prática de um exercício tentativo de classificação das empresas sob controle do Estado.

VI — Classificação das empresas sob controle do Estado

17. Tal como inicialmente afirmei, à exploração do tema da “lucratividade e função social nas empresas sob controle do Estado”, no quadro do ordenamento jurídico vigente entre nós, deve necessariamente preceder a exposição da distinção existente entre tipos diversos de atuação que são por elas desenvolvidos.

Tomando dos conceitos de empresa pública e de sociedade de economia mista definidos pelo Dec.-lei 200/67 — art. 5.º, II e III, com a redação que lhes atribuiu o Dec.-lei 900/69 — teremos que ambas são criadas para a *exploração de atividade econômica*.

Dispõem, contudo, o art. 170 e seus §§ 1.º e 2.º do vigente texto constitucional — 1/69: “Art. 170 — Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as *atividades econômicas*. § 1.º — Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a *atividade econômica*. § 2.º — Na exploração, pelo Estado, da *atividade econômica*, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações” (grifamos).

O art. 170 do texto constitucional — em conjunto com o seu § 1.º e o art. 163 — opera a ordenação da distribuição da *atividade econômica* entre o setor privado e o setor público.

Atividade econômica, assim, é atividade que compete preferencialmente ao setor privado e que o setor público desenvolve apenas em *caráter suplementar* (§ 1.º do art. 170) ou em *regime de monopólio*, quando verificados os pressupostos definidos pelo art. 163 do texto constitucional.

Ora, referindo o Dec.-lei 200/67, nos incisos II e III do seu art. 5.º, exploração de *atividade econômica* — na redação que lhes foi atribuída pelo Dec.-lei 900/69, sendo certo que o art. 170 e seus parágrafos transcrevem literalmente disposições que já se continham no texto constitucional originário, de 24.1.67

— cumpre verificar se, nele, a expressão “atividade econômica” assume a mesma significação que lhe é atribuída pelo vigente texto constitucional.

Se tal ocorrer, teremos prontamente definido que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, na conformidade do disposto pelo Dec.-lei 200/67 — com a redação do Dec.-lei 900/69 — apenas podem explorar *atividade econômica*, isto é, *atividade que compete preferencialmente ao setor privado*.

Empresas públicas e sociedades de economia mista, assim, apenas poderiam existir para desenvolver, em caráter suplementar ou em regime de monopólio, *atividade econômica*.

A existência, pacífica e inquestionável, no entanto, entre nós, de inúmeras empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de *serviço público* — e não de *atividade econômica* — evidencia a circunstância de que são diversas as significações da expressão “atividade econômica”, no Dec.-lei 200/67 e na EC 1/69.

18. Com efeito, *atividade econômica* é expressão ambígua, que no contexto do Dec.-lei 200/67 tem uma significação e, no do vigente texto constitucional, outra.

Inexiste, em um primeiro momento, oposição entre *atividade econômica* e *serviço público*; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira.

A prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o *serviço público* é um *tipo de atividade econômica*.

Serviço público — dir-se-á mais — é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete preferencialmente¹⁹ ao setor público.

Desde aí podermos também afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado.

19. Nas proposições acima transcritas utilizei-me da expressão *atividade econômica* em sentidos distintos.

Ao afirmar que *serviço público* é *tipo de atividade econômica*, a ela atribuí a significação de *gênero* no qual se inclui a *espécie, serviço público*.

Ao afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado, a ela atribuí a significação de *espécie*.

Vale dizer: o *gênero* — *atividade econômica* — compreende duas *espécies*: o *serviço público* e a *atividade econômica*.

No primeiro caso temos *atividade econômica em sentido amplo*; no segundo, *atividade econômica em sentido estrito*.

Daí, nova afirmação: o *gênero atividade econômica em sentido amplo* compreende, como *espécies*, o *serviço público* e a *atividade econômica em sentido estrito*.

Ora, a natural ambigüidade da expressão “atividade econômica” presta-se a inúmeras confusões. Em razão disso, a fim de que possamos superá-la, a seguinte proposta pode ser formulada: de ora por diante, nesta exposição, *por atividade econômica em sentido amplo* (gênero) usarei a expressão *atividade*

19. Não *exclusivamente*, note-se, visto que o setor privado presta *serviço público* em regime de concessão ou de permissão.

econômica; por *atividade econômica em sentido estrito* (espécie), a expressão *iniciativa econômica*.²⁰

20. Valendo-nos pois do expediente proposto e considerando que, nitidamente, são diversas as significações da expressão “atividade econômica” no Dec.-lei 200/67 e na EC 1/69 — sentido de *gênero* no primeiro; de *espécie* na segunda — teremos que:

— nos termos do que define o Dec.-lei 200/67, empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas para a exploração de *atividade econômica*;

— a expressão “atividade econômica”, nos textos do art. 170 e §§ 1.º e 2.º do vigente texto constitucional, deve ser lida como se neles estivesse escrito “iniciativa econômica”;

— *iniciativa econômica* é atividade que compete preferencialmente ao setor privado e que o setor público desenvolve apenas em *caráter suplementar* (§ 1.º do art. 170) ou em *regime de monopólio*, quando verificados os pressupostos definidos pelo art. 163 do texto constitucional;

— a *iniciativa econômica* está para o setor privado assim como o *serviço público* está para o setor público.

21. Visto isso e observada a existência de inúmeras empresas sob o controle do Estado que não se acomodam aos conceitos de sociedade de economia mista e de empresa pública, poderemos ter como já evidenciado — substituídas as expressões “sociedade de economia mista” e “empresa pública” por “empresas sob o controle do Estado” — que há dois tipos fundamentais de empresas sob controle do Estado: as que *prestam serviço público* e as que *desenvolvem iniciativa econômica*.²¹

A determinação dessa distinção não é produto de exercício meramente acadêmico, mas, muito pelo contrário — ainda que a doutrina, entre nós, estranhamente não a tenha considerado — indispensável quando se pretenda proceder a análise jurídica do fenômeno das empresas sob o controle do Estado.

Assim, para exemplificar, o problema da titularidade da iniciativa econômica e da própria operacionalização dos preceitos do art. 170 e seu § 1.º e do art. 163 do vigente texto constitucional não pode ser adequadamente enfrentado quando a distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais no desenvolvimento de iniciativa econômica não seja procedida. Só há atuação do Estado no domínio econômico — e estatização, portanto — quando a empresa sob o seu controle desenvolve *iniciativa econômica*; as empresas estatais prestadoras de *serviço público* atuam em campo cuja exploração compete preferencialmente ao setor público.

Também no que respeita ao regime de atuação das empresas sob controle do Estado, é fundamental a distinção. As que desenvolvem iniciativa econômica estão sujeitas ao que dispõe o § 2.º do art. 170 do vigente texto constitucional — atuam em *regime de competição* com as empresas privadas. Mas apenas elas,

20. Cumpre notar, todavia, que também a expressão *iniciativa econômica* é falaciosa. Vide Eros Roberto Grau, *Elementos de Direito Econômico*, Ed. RT, São Paulo, 1981, pp. 91-92.

21. A distinção entre *serviço público* e *iniciativa econômica* afigura-se extremamente complexa, visto estarmos, no caso, diante de conceitos indeterminados. Vide Eros Roberto Grau, *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 95-97 e “Disciplina Jurídica da Iniciativa Econômica”, *Caderno de Direito Econômico* n. 1, Resenha Tributária, São Paulo, 1983, pp. 54-58.

pois às que prestam serviço público não se deve aplicar referido preceito constitucional.

Daí por que, ao cuidarmos do tema da "lucratividade e função social nas empresas sob controle do Estado", impõe-se termos enunciada aquela distinção, pois é evidente que são diversas as funções sociais de umas e outras e a questão da lucratividade coloca-se de modo diverso quando estejamos diante de empresa que presta serviço público e de empresa que desenvolve iniciativa econômica.

22. A ênfase posta na distinção existente entre as empresas sob controle do Estado que prestam serviço público e as que desenvolvem iniciativa econômica — que, repetimos, a doutrina, entre nós, não tem considerado — sugerem, por outro lado, o desenvolvimento de exercício classificatório, mais amplo, delas. Não porém, aqui também, para mero deleite intelectual, visto que à classificação proposta retiraremos, oportunamente, subsídios de relevante valia para o tratamento do tema da lucratividade e função social delas.

De toda sorte um ponto deve aqui ser devidamente salientado. Na classificação proposta tomo *tipos ideais* de empresas sob controle do Estado, cuidando de deixar bem marcada a circunstância de que, no mundo real, dificilmente encontraremos uma empresa dessas em estado puro, isto é, uma empresa sob controle do Estado que desempenhe *exclusivamente* a atividade que tomo como própria de um dos tipos considerados na classificação.

23. Postas tais observações, inicialmente teremos que as empresas sob controle do Estado prestadoras de serviço público podem prestá-lo em *regime de monopólio ou não*.

No primeiro caso, as que explorem a produção e distribuição de energia elétrica e a produção e a distribuição de água. No segundo, teoricamente, a que preste serviços de navegação aérea.

Entre as empresas sob controle do Estado prestadoras de serviço público — não em regime de monopólio — incluem-se as de estímulo e apoio à iniciativa privada (art. 170, *caput*, da EC 1/69), entre as quais teremos exemplificativamente, a EMBRAPA — Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária e, no Estado de São Paulo, o Instituto de Pesquisas Tecnológicas S/A — IPT.²²

Já as empresas sob controle do Estado, que desenvolvem iniciativa econômica, enquadram-se em duas categorias fundamentais, a de atuação em *regime de monopólio* (art. 163 da EC 1/69) e a de atuação em *caráter suplementar* (§ 1.º do art. 170 da EC 1/69).

No primeiro caso teremos, exemplificativamente, a Petrobrás, que detém monopólio da iniciativa econômica, com fundamento, aliás, não apenas no art. 163, mas também no art. 169 do vigente texto constitucional.

Quanto as empresas sob controle do Estado, que exercem iniciativa econômica em caráter suplementar, podem, por sua vez, *produzir para o mercado ou exercer atividade de suporte à Administração*.

Exemplo de empresa sob controle do Estado exercendo iniciativa econômica em caráter suplementar, produzindo para o mercado, teremos na Cia. Side-

22. Altero, aqui, posição que anteriormente assumi (*Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 104-105), nos termos da qual classifiquei como de iniciativa econômica as empresas desse tipo. A situação delas é, no entanto, indiscutivelmente peculiar, visto que, precisamente em razão da espécie de serviço público que prestam são levadas a inovar no campo da iniciativa econômica, com o que a desenvolvem. Trata-se de serviço público que envolve o desenvolvimento de iniciativa econômica.

rúrgica Nacional. De empresa, do mesmo tipo, exercendo atividade de suporte à Administração, exemplo teremos no SERPRO — Serviço Federal de Processamento de Dados, no âmbito federal, e na Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande São Paulo S/A — EMLASA, no Estado de São Paulo.

O quadro seguinte, classificatório das empresas sob controle do Estado, pode então ser estruturado:

A) empresas de serviço público

A1 — monopolizado

A2 — não monopolizado (aí incluídas as empresas de apoio e estímulo à iniciativa privada)

B) empresas de iniciativa econômica

B1 — em regime de monopólio

B2 — em caráter suplementar

B2.1 — produzindo para o mercado

B2.2 — de atividade de suporte à Administração.

24. A classificação assim disposta será útil ao alinhamento de algumas verificações introduzidas na análise do tema da lucratividade e função social nas empresas sob controle do Estado.

É imperiosa, no entanto, a observação — que enfaticamente deve ser introduzida — de que a doutrina, entre nós, não adota as distinções que acima restaram enunciadas.

Em razão disso cumpre a seguir descrevermos o entendimento que a maior parte da doutrina consagra a respeito da matéria.

VII — A posição da doutrina

25. Podemos seguramente afirmar que, com algumas exceções, os estudiosos brasileiros do tema das empresas estatais, além de não atentarem para a distinção entre empresas estatais de serviço público e empresas estatais de iniciativa econômica, sustentam que a criação delas apenas se justifica quando estiverem elas voltadas à prestação de serviço público ou visarem à preservação da segurança nacional ou à organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa. Vale dizer: entendem que as hipóteses previstas no texto constitucional, a ensejarem a criação de empresas sob controle do Estado não estritamente prestadoras de serviço público, são exclusivamente as contempladas no art. 163 daquele texto — com o que, injustificadamente, ignoram o preceito contido no § 1.º do art. 170 da Constituição.

Disso decorre, evidentemente, uma primeira contradição, detectada na existência, no mundo fáctico, de empresas sob controle do Estado que realizam lucros. Essa existência é incompatível com a postura adotada pela doutrina. Veja-se, a propósito, a exposição de Fábio Konder Comparato:²³ “a estrutura da sociedade de economia mista encerra, em si mesma, grave contradição. As companhias exploram, por definição legal, empresas lucrativas. Mas o regime econômico consagrado na Constituição não assina ao Estado, por função, produzir lucros. A legitimidade da ação estatal, ainda e sempre, é o serviço público, a produção de bens e serviço que não podem ser obtidos no regime de exploração

23. Ob. cit., p. 302.

privada, de modo eficiente e justo, sem discriminações entre os consumidores, de acordo com o princípio da demanda solvável, como ocorre com a empresa capitalista. A função da empresa estatal não é a geração de receita sob a forma de lucro empresarial, mas a preservação da segurança nacional, ou a organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa (CF, art. 163). O dilema que se apresenta ao Estado, enquanto acionista controlador, é pois o de perseguir o interesse público antes e acima da exploração lucrativa — o que torna sem sentido a participação societária do capital privado no empreendimento; ou dar lugar ao interesse público apenas quando este se coloca em conflito com objetivo nacional de produção de lucros — o que infringe o princípio constitucional assinalado”.

Nesta mesma linha, Modesto Carvalhosa,²⁴ observando que a realização de lucros a serem distribuídos aos acionistas é da essência das sociedades anônimas (arts. 2.º e 202 a 205 da Lei 6.404/76), afiança que as empresas públicas e as sociedades de economia mista visam a fim não diretamente lucrativos. Como as sociedades anônimas privadas objetivam a maximização dos lucros, num regime de livre concorrência, e as companhias estatais visam ao interesse público, o preceito contido no art. 2.º da lei das sociedades por ações — “Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes” — sofre relativização em relação a estas últimas. Assim, as sociedades estatais devem perseguir em primeiro lugar os seus fins institucionais, cabendo às que tenham acionistas privados conciliar o objetivo público com a obtenção de lucros suficientes à remuneração dos capitais que coletaram junto aos investidores.

26. Uma segunda contradição, neste ponto, agora entre a postura doutrinária em referência e a própria lógica do sistema capitalista, deve ser apontada.

É que o desenvolvimento de suas atividades, pelas empresas sob controle do Estado — especialmente as que exploram iniciativa econômica — em situação deficitária (isto é, sem que estejam voltadas à produção de lucro), findaria por caracterizar a sua atuação como típica de agente de concorrente desleal. Em outros termos: atuariam então, tais empresas, em regime de *dumping*, na medida em que impediriam, mercê dos preços que estivessem a praticar, o exercício pleno da concorrência, nos mercados, pelas empresas privadas que poderiam advir a tais mercados. Com isso não apenas o princípio da preferência da atuação das empresas privadas, consagrado no art. 170 do texto constitucional, seria afrontado, mas também os contemplados nos §§ 1.º e 2.º dessa mesma disposição. A atuação estatal deixaria de caracterizar-se como *suplementar*, definindo-se como *substitutiva* da que eventualmente poderia ser empreendida pela empresa privada; de outra parte, na medida em que os prejuízos da empresa sob controle do Estado fossem cobertos por subsídios estatais — e isso fatalmente ocorreria — o sentido do preceito no § 2.º, indicado, estaria sendo conspurcado.

27. Em razão disso, pretendendo superar a dupla contradição acima apontada, penso que resulta oportuno o tratamento que ao tema é conferido, desde a postulação das noções introdutórias acima enunciadas, atinentes à classificação das empresas estatais — isso, porém, sem que se ignore a consagração, pela doutrina, da postura a que, neste passo, me referi.

24. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 1, Saraiva, São Paulo, 1977, pp. 13-14.

VIII — A função social das empresas sob controle do Estado

28. O vocábulo função é também ambíguo, significando, em diversos contextos, atividade, expressão do poder, um tipo específico de vocação ou destinação. Neste último sentido, que aponta para uma finalidade, a função é expressão de um poder-dever — na dicção de Santi Romano,²⁵ poder que se exerce não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo.

Daí por que, ao cogitarmos da função social das empresas sob controle do Estado, cuidamos da sua destinação, enquanto poder-dever atribuído à Administração.

29. A distinção feita, entre empresas sob controle do Estado que prestam serviço público e que desenvolvem iniciativa econômica, ilumina o discernimento das diversas finalidades a que estão vocacionadas uma e outras.

A concepção da função social, como atribuição cometida ao titular da propriedade e da empresa — entendida esta como propriedade em dinamismo — é obra recente. Em razão dela temos que o titular privado de propriedade e da empresa deve, na sua dinamização, ter em vista a contemplação do interesse social, entendido este como o interesse tutelado pelo povo ou sociedade civil. Aí a visualização da propriedade como propriedade-função.²⁶

Já a propriedade pública, terá sido sempre — ou, pelo menos, seria natural que tal tivesse ocorrido — entendida como propriedade-função.²⁷ À Administração incumbe, assim, originariamente, atuá-la tendo em vista a realização daquele interesse.

30. A identificação da função social das empresas sob controle do Estado, a ser cumprida pela Administração, é demarcada nos quadrantes do sistema econômico vigente, no caso, do *sistema capitalista*.

Este está estruturado desde um *modo de produção*, sustentado sobre relações específicas entre os homens e os meios de produção. Nele há a consagração da propriedade privada dos bens de produção e o motor da atividade econômica é o lucro individual; há a individualização da propriedade e do lucro e os investimentos privados ocupam lugar preponderante no balanço nacional.²⁸

A Constituição brasileira contempla, em seus arts. 160, 163 e 170, um modelo de capitalismo de mercado, no qual a atuação do Estado sobre e no domínio econômico está comprometida com o ideal de preservação dos mercados.²⁹

Neste quadro, o exercício da atividade econômica *em sentido amplo* compete ao setor privado e ao setor público, em áreas assim delineadas: de um lado o campo da *iniciativa econômica* (atividade econômica em sentido estrito), de outro o âmbito dos *serviços públicos*.

Podemos entender como campo da *iniciativa econômica* aquele preenchido pelas atividades consideradas, pelos detentores do capital, como matéria de espe-

25. *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1947, p. 111.

26. Vide Eros Roberto Grau, *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 112 e ss.

27. Vide Angelo Lener, "Problemi Generale della Proprietà", in *Proprietà Privata e Funzione Sociale*, org. Francesco Santoro Passarelli, Cedam, Padova, 1976, p. 8.

28. Cf. Bernard Chenot, *Organization Economique de l'État*, 2ème édition, Dalloz, Paris, 1965, p. 16.

29. Vide Eros Roberto Grau, *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 60-61.

culação lucrativa, reivindicadas como área da economia alcançada pela reserva de preferência de sua organização e exploração pelas empresas privadas. As áreas restantes da atividade econômica, que não constituem matéria de especulação lucrativa, compõem o campo dos serviços públicos.³⁰

Há contudo, é certo, interpenetração de atuação, do setor privado e do setor público, nestas duas áreas. Ora é o setor privado que atua na prestação de serviços públicos, na qualidade de concessionário ou permissionário; ora é o setor público que desenvolve iniciativa econômica, nas hipóteses previstas no art. 163 e 170, § 1.º do texto constitucional.

31. Ao atuarem no âmbito dos serviços públicos, as empresas sob controle do Estado o fazem, tal como as empresas privadas, na qualidade de concessionárias ou permissionárias de tais serviços.³¹

Desenvolvem suas atividades, então, sem intuito de especulação lucrativa, observado porém o princípio estabelecido pelo art. 167, II do texto constitucional, que lhes assegura “tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”.

Já ao atuarem no campo da iniciativa econômica, as empresas sob controle do Estado, substituindo a empresa privada — hipótese do art. 163 do texto constitucional — ou suplementando a atuação destas — hipótese do art. 170, § 1.º do texto constitucional — não de desenvolver suas atividades como se empresas privadas fossem.

No primeiro caso, a empresa sob controle do Estado visa à produção de bens e serviços que não podem ou não devem ser obtidos no regime de exploração privada.

No segundo, a empresa sob controle estatal atua na exploração de matéria de especulação lucrativa, seja por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, seja em caráter suplementar da ação do setor privado.

32. As observações até este ponto introduzidas permitem identificarmos, no quadro do vigente texto constitucional, a função social desenvolvida por um e outro tipo de empresa sob controle do Estado.

As de *serviço público*, monopolizado ou não monopolizado, está atribuída a função de produção de bens e serviços que não podem ou não devem ser obtidos no regime de exploração privada.

As de *iniciativa econômica em regime de monopólio*, o desenvolvimento de atividade típica do setor privado, cuja assunção porém, por este, é incompa-

30. Idem, pp. 96-97.

31. Há, no caso, relação jurídica de *concessão*, ainda que eventualmente como relação apenas tácita não reduzida a termo ou instrumento — isto é, a contrato — que a reproduza. Vide Celso Antonio Bandeira de Mello, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, Ed. RT, São Paulo, 1973, p. 28. De acordo com o entendimento de que o concessionário de serviço público não é, necessariamente, uma empresa privada, podendo se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública: Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, t. II, Forense, Rio, 1970, p. 1.015; D. Linotte et A. Mestre, *Services Publics et Droit Public Economique*, t. I, Librairies Techniques, Paris, 1982, p. 299; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 9.ª ed., Ed. RT, São Paulo 1982, p. 312; ainda Celso Antonio Bandeira de Mello, ob. cit., pp. 96, 101, 132 e 133. Admitindo que o concessionário seja inclusive pessoa de direito público, José Cretella Júnior, “Concessão de Serviço Público Sucessão e Subconcessão”, RT 483/48.

tível com razões de segurança nacional ou necessária à organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa.

Do primeiro tipo, a Petrobrás. Do segundo, não encontramos exemplo, sendo certo que a autorização constitucional para a criação de empresas como tais não foi experimentada entre nós. Resulta evidente, contudo, da norma permissiva da instituição do monopólio, nesta hipótese, que se tem em vista, nela, a atuação do setor público para o efeito de garantir-se e assegurar-se a integridade do regime de mercado.

As empresas sob controle do Estado, que desenvolvem *iniciativa econômica em caráter suplementar*, está também atribuída função nitidamente de integração capitalista, sob o enunciado do § 1.º do art. 170 do texto constitucional: "Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica".

Quanto às que *produzem para o mercado*, sempre no desenvolvimento de função de integração capitalista — na medida em que sua atuação está vocacionada à preservação dos mercados — justifica-se a sua existência, fundamentalmente, pelo atendimento imediato, cumulativo ou não, dos seguintes objetivos: supressão de incapacidade ou falta de interesse momentâneo do setor privado na exploração da atividade; supressão da insuficiência da oferta; coibição de situação de monopólio de fato; implementação da função social da propriedade e promoção do pleno emprego.

A análise do art. 4.º, IV do Dec. 86.215/81,³² ademais, evidencia que, à margem do texto constitucional — que preceito nenhum estabelece neste sentido — deteria o Estado o controle de determinadas empresas com o objetivo de manter o controle nacional do processo de desenvolvimento ou para evitar a desnacionalização de setores básicos da economia.

Quanto às empresas sob controle do Estado, que desenvolvem *iniciativa econômica, de atividade de suporte à Administração*, em grande número ocupam a posição de órgãos ou entidades da Administração Direta, que passaram a adotar a forma empresarial tendo em vista a busca de condições de maior flexibilidade administrativa. Quando não atuam como meras repassadoras de serviços produzidos pelo setor privado, desenvolvem suas atividades na situação de detentores de verdadeiros monopólios de fato, em relação à Administração.³³

33. A expressão "caráter suplementar", no enunciado do § 1.º do art. 170 do texto constitucional, é certamente imprecisa, deixando margem ampla, assim, à atuação da Administração. Em razão disso, tem como muita frequência sido debatida, entre nós, pela imprensa, a questão da estatização da economia.

Dois pontos, no entanto, devem aqui ser salientados.

Em primeiro lugar, é certo que, como vimos, o surgimento de empresas sob controle do Estado, no desenvolvimento de *iniciativa econômica*, há de ser creditado sempre, direta ou indiretamente — ainda que, neste último caso, atenda

32. O Dec. 86.215/81, que "fixa normas para a transferência, transformação e desativação de empresa sob o controle do Governo Federal, nos casos que especifica", em seu art. 4.º, IV, dispõe: "Não se incluem no disposto neste Decreto: (...) IV — as empresas instituídas com o objetivo de manter o controle nacional do processo de desenvolvimento ou evitar a desnacionalização de setores básicos da economia".

33. Este o caso do SERPRO, no âmbito federal, da Prodesp, no Estado de São Paulo, e da PRODAM, no Município de São Paulo.

cumulativamente ao objetivo de ampliação de suas áreas de poder, pela tecnocracia estatal — à missão de preservação dos mercados, empalmada pelo Estado no sistema capitalista, visto que esta é tida como expressão do interesse social. Daí a afirmação de que tais empresas cumprem função de integração capitalista.

Em segundo lugar, cabe enfatizar que jamais se debateu o fenômeno da estatização da economia no âmbito do Poder Judiciário. Daí por que, inclusive, não encontramos nenhuma manifestação judicial referida à interpretação do preceito contido no art. 170, § 1.º do texto constitucional. O único caso detectado, de apreciação judicial de matéria como tal, é o relativo à criação do Banco de Desenvolvimento do Estado de São Paulo — BADESP, apreciado pelo Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, no qual se decidiu que ela não atenta contra a proibição constitucional de intervenção do Estado-membro no domínio econômico, pois a competência para instituir entidades paraestatais é ampla, cabendo, tanto à União, como aos Estados-membros e Municípios, criar esses instrumentos de descentralização de serviços e de interesse coletivo.³⁴

No mais, as decisões judiciais atinentes à atuação das empresas sob controle do Estado versam fundamentalmente sobre questões de foro, matérias de pessoal e penal, desapropriação, cabimento de mandado de segurança contra elas, exercício de poder de polícia por elas e conceito de sociedade de economia mista.

Um derradeiro aspecto no entanto, deve aqui ser ferido, concernente ao fato de que, após o movimento militar de 1964, emergiu entre nós uma tecnoburocracia estatal que, embora sempre atuando em coerência com as linhas ideológicas do sistema capitalista, dá satisfação a sua ambição de busca de poder econômico mediante a multiplicação de empresas sob controle estatal que desempenham atividade de suporte à Administração.

De outra parte, é certo também que um número elevado de empresas privadas, inadimplentes em relação a obrigações decorrentes de financiamentos públicos a elas concedidos, acaba sendo transferido à propriedade estatal no momento em que alcançam situação total de insolvência. Essa transferência ao controle do Estado se dá em virtude de partes — quando não a totalidade dos seus capitais — ser entregue às instituições financeiras públicas, em garantia do cumprimento das obrigações atinentes a tais financiamentos.

Em razão de tudo isso é que, a partir de 1981, passou-se a desenvolver, embora com muita timidez, uma política de transferência para o setor privado, transformação e desativação de empresas sob o controle do Governo Federal, ordenada pelas disposições contidas no Dec. 86.215/81.

IX — A lucratividade nas empresas sob controle do Estado

34. A análise do tema da lucratividade das empresas sob controle do Estado pode agora ser empreendida de modo mais fluente, visto termos introduzido não apenas distinção fundamental que opõe, de um lado as prestadoras de serviço público, de outro as que desenvolvem iniciativa econômica, mas também enunciado as funções sociais que ambas devem cumprir.

A lucratividade de umas e outras é determinada, em sua própria substância e nos graus de intensidade segundo os quais possa se manifestar, pelos regimes

34. JTACSP 53/30. Observe-se, de resto que rigorosamente inexistente proibição constitucional de intervenção do Estado-membro no domínio econômico (vide Eros Roberto Grau, *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 71-75).

a que estão sujeitos tais empresas. Em outros termos: a lucratividade das empresas sob controle do Estado compreende um dos tópicos dos seus regimes jurídicos de atuação.

35. Inexistem totalidades normativas, acabadas, que possa, ser referidas como *regime de direito público* ou *regime de direito privado*. O que há são apenas princípios e normas que, em diversificadas combinações, aplicam-se à ordenação, no caso, das atividades das empresas sob controle do Estado.

É certo também, por outro lado, que — visualizadas sempre as empresas de que estamos a tratar — a regimes jurídicos diversos nos referimos ao cogitar de momentos distintos da sua análise.

Um desses momentos, o estrutural. Ao dele tratarmos cuidamos, exemplificativamente, da caracterização da entidade sob observação como sociedade de economia mista ou não, para os efeitos do Dec.-lei 200/67 ou da Lei 6.404/76 ou de disposições do vigente texto constitucional. Aí o *regime jurídico estrutural* da entidade.

Em outro momento cuidamos dos princípios e normas que se aplicam à ordenação da atividade da entidade, em suas relações com o Estado: aí o *regime jurídico funcional interno*. Neste é que estão definidos os controles a que está sujeita a empresa sob controle do Estado: controle pelo Tribunal de Contas, pelo Poder Legislativo, etc.

Ainda em um terceiro momento, teremos sob consideração os princípios e normas que se aplicam à ordenação da atividade da entidade em suas relações com terceiros: aí o *regime jurídico funcional externo*.

Ao pretendermos determinar se as empresas sob o controle do Estado devem ou não buscar lucro necessitamos analisar os princípios e normas — isto é, o regime jurídico — que ordenam o desenvolvimento de suas atividades, desde a perspectiva de suas relações com terceiros. Necessitamos ter sob exame, pois, o seu *regime jurídico funcional externo*. E isso há de ser feito — cumpre enfatizá-lo — independentemente da consideração do *regime jurídico estrutural* e do *regime jurídico funcional interno* a que esteja sujeita esta ou aquela empresa sob controle do Estado. Pois é certo que empresas sob a forma de sociedade de economia mista ou não (regime jurídico estrutural) e sujeitas ou não a peculiar regime funcional interno poderão ter por objeto tanto a prestação de serviço público quanto o desenvolvimento de iniciativa econômica — e em consequência de ser este ou aquele o seu objeto social estará a empresa sujeita a um ou a outro tipo de regime jurídico funcional externo.

36. A introdução das observações acima postuladas tem relevância na medida em que, como indiquei no item 21, acima, as empresas sob controle do Estado, que desenvolvem iniciativa econômica, estão sujeitas ao preceito contido no § 2.º do art. 170 do texto constitucional: “*Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações*” (grifei).

O preceito alude a *iniciativa econômica*, isto é, a *atividade econômica em sentido estrito*, espécie do gênero “atividade econômica em sentido amplo”, paralela à de *serviço público*.

Por isso que podemos ter como estabelecido o seguinte entendimento: o preceito referido, do § 2.º do art. 170 do texto constitucional, aplica-se tão-somente às empresas sob controle do Estado que desenvolvem iniciativa econômica.

Estas devem atuar em igualdade de condições com as empresas privadas que desenvolvem iniciativa econômica; devem desenvolver suas atividades, pois, sujeitas ao mesmo regime jurídico de atuação aplicável às empresas privadas.

Já quanto às empresas sob controle do Estado, que prestam serviço público, não tem aplicação referido preceito.

37. A não consideração das distinções estabelecidas — entre empresas sob controle do Estado que desenvolvem iniciativa econômica e que prestam serviço público e entre regimes jurídicos estrutural, funcional interno e funcional externo — tem levado a doutrina a produzir observações que não alcançam, fidedignamente, a globalidade do fenômeno das empresas sob controle estatal. Nelas, em regra, como vimos, tais empresas são visualizadas como tendo por objeto tão somente a prestação de serviço público, o que, inclusive, torna dificultosa a compreensão do correto alcance do sempre aludido preceito, do § 2.º do art. 170 do texto constitucional.³⁵ Daí, inclusive, as postulações doutrinárias a que aludi no item 25, acima.

Uma das questões que no bojo dessas considerações se coloca é a relativa à existência ou inexistência de oposição entre os interesses do Estado e dos investidores privados, nas empresas sob controle do Estado de cujo capital estes últimos participem.

Ao problema já fazia alusão Bilac Pinto,³⁶ em estudo pioneiro, entre nós, sobre as sociedades de economia mista, no qual sustentava que, nestas, os fins visados pelo Estado e pelos particulares são diametralmente opostos, excluindo-se reciprocamente.

Para o esclarecimento da questão muito contribui, no seu entendimento, a exposição de Alvaro Caminha Muniz,³⁷ sobretudo no ponto em que salienta não devermos confundir o *objeto* com os *fins* da empresa. Enfatizada a distinção que os aparta, podemos afirmar que nada impede que o *objeto* de uma empresa, ainda que definido como exploração de iniciativa econômica (comercial, industrial, financeira), seja dinamizado em vista da consensão de *fins de interesse público*. Inexiste oposição necessária, portanto, entre exploração de iniciativa econômica — *objeto* da ação empresarial — e a *finalidade* de atendimento ao interesse público.

A realização de lucro, de resto, pelas empresas sob controle do Estado, que desenvolvem iniciativa econômica, não é o motivo imediato de sua constituição, seja com a participação de capitais privados ou não.

35. Lúcia Valle Figueiredo (*Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*, Ed. RT, São Paulo, 1978) v.g., questionando a submissão das empresas públicas e das sociedades de economia mista ao mesmo regime que se aplica às empresas privadas, por serem entes governamentais, a firma que umas e outras são “formas híbridas” e não se inserem quer na classificação de direito público, quer na de direito privado (p. 31).

36. “O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas”, *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1954, p. 47: “Ora, em uma empresa de economia mista, os fins visados pelo Estado e pelos particulares são diametralmente opostos; eles se excluem reciprocamente. O capitalista particular não tem em vista senão seu interesse pessoal; ele quer lucros elevados que lhe assegurarão bons dividendos e procura fixar o preço da venda mais alto que a concorrência permita, se ela existir. O Estado, ao contrário, intervém com a intenção de salvaguardar o interesse geral; seja o dos consumidores, seja o dos utentes; ele se esforça, então, para manter o preço da venda em níveis baixos. Nasce, assim, entre os dois grupos de associados, um conflito irreduzível, no qual um deles será inevitavelmente vítima”.

37. *A Empresa Pública no Direito Brasileiro*, Trabalhistas, Rio, 1972, p. 59.

Se as empresas sob controle do Estado, que desenvolvem iniciativa econômica, atuam sob o mesmo regime aplicável às empresas privadas, forçoso é que busquem a realização de lucro, embora possam, em determinados momentos, *em situação excepcional*, tal como as empresas privadas, estar a atuar em regime deficitário.

Daí por que — podemos afirmá-lo desde logo — teoricamente inexistente oposição entre os interesses do Estado e os dos investidores privados, nas empresas sob controle do Estado de cujo capital participem, que tenham por objeto o desenvolvimento de iniciativa econômica.

O mesmo se afirme com relação às demais empresas sob controle do Estado, prestadoras de serviço público. Estas também, como adiante será visto, não estão vocacionadas a atuar em situação deficitária.

38. A admissão da produção de lucro pelas empresas sob controle do Estado, genericamente — sem que distinção nenhuma seja feita entre as que prestam serviço público e as que desenvolvem iniciativa econômica — está contemplada em inúmeros textos normativos, no âmbito federal.

A Lei 6.264/75, sujeita à incidência do imposto de renda o lucro obtido, independentemente da participação, no seu capital social, de pessoas jurídicas de direito público, pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista, bem como de suas subsidiárias ou quaisquer outras empresas de cujo capital participe pessoa jurídica de direito público. Isenta da incidência do tributo, no entanto, os lucros ou dividendos distribuídos por tais empresas às pessoas jurídicas de direito público.

O Dec.-lei 1.290/73, admite a aquisição, por tais empresas, de títulos do Tesouro Nacional, com disponibilidade resultantes de receitas próprias.

Os Decs.-leis 1.476/76, e 1.521/77, estabelecem normas relativas ao recolhimento ao Banco do Brasil S/A, para crédito na conta de Receita da União, do Tesouro Nacional, dos resultados atribuíveis à União, nas empresas públicas e sociedades de economia mista federais. O Dec.-lei 1.521/77 determina ainda que as importâncias em questão sejam incorporadas ao Fundo Nacional de Desenvolvimento, na medida em que se efetivem os recolhimentos.

O Dec. 80.421/77, dispõe sobre a incorporação dos resultados e a publicação dos balanços das entidades da Administração Indireta da União, entre as quais as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

O Dec. 84.128/79, em seu art. 4.º, X e XII, atribui à Secretaria do Controle das Empresas Estatais — SEST competência para exercer o controle do recolhimento dos resultados atribuíveis à União, apurados nos balanços anuais das empresas públicas e sociedades de economia mista, de que trata o Dec.-lei 1.521/77, e para emitir parecer sobre quaisquer propostas de liquidação ou incorporação de entidades descentralizadas — entre as quais as empresas sob controle da União — em crítica situação econômica-financeira.

A alienação de ações de propriedade da União em sociedades de economia mista, por outro lado, é regulada pelos arts. 60 e 61 da Lei 4.728/65 — com a redação que lhe conferiu o art. 5.º da Lei 5.710/71 — o que, evidentemente, supõe a existência de demanda privada, que efetivamente se manifesta, pela aquisição de tais ações.

39. Vê-se, destarte, que a produção de lucros pelas empresas sob controle do Estado é direta e expressamente admitida em nosso direito positivo.

Ainda que não sejam elas constituídas para produzir lucros, esse — a lucratividade delas — é efeito decorrente de sua própria existência.

Quanto às que desenvolvem iniciativa econômica, atuam em regime de competição com as empresas privadas ou, excepcionalmente, em situação de monopólio — art. 163 do texto constitucional — devendo, porém, orientar suas atividades segundo a lógica do sistema capitalista, o que importa em busca da obtenção de lucro. A função social por elas cumprida, como vimos, é nitidamente de integração capitalista, visando à preservação dos mercados. Daí por que, inclusive, a sua atuação à margem do princípio de reprodução do capital findaria por comprometer, em sua raiz, as funções que, na sociedade capitalista, estão destinadas a desempenhar. Aplicam-se parcialmente às empresas sob controle do Estado, que desenvolvem iniciativa econômica, existentes entre nós, as observações de Francesco Galgano;³⁸ através delas, o poder econômico do Estado é “privatizado”; “públicos” são apenas o sujeito proprietário das partes do capital e o motivo do voto do acionista público.

Daí também a afirmação de que tais empresas estão tocadas, insitamente, pelo critério da *economicidade*, que o direito positivo italiano expressamente contemplou.³⁹ Estão alcançadas, ademais, pelo princípio da liberdade de iniciativa econômica — art. 160, I do texto constitucional⁴⁰ — e, ao atuarem sem perseguir a obtenção de lucros, rigorosamente estariam a infringir as regras que disciplinam a concorrência.⁴¹

40. Quanto às empresas sob controle do Estado, que prestam serviço público, atuam, como vimos, na situação de concessionárias ou permissionárias dele. Assim, aplica-se a elas o princípio contemplado no art. 167, II do vigente texto constitucional, em função do qual às concessionárias e permissionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais é assegurada a percepção de tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Estas, pois, embora não estejam liberadas para a prática de especulação lucrativa, atuam sob remuneração tarifária suficiente para a produção de lucros administrados pelo Poder Público.⁴²

O que distingue, portanto, as empresas sob controle do Estado, que desenvolvem iniciativa econômica e que prestam serviço público, é exclusivamente a intensidade da lucratividade que podem e devem perseguir — as primeiras, atuando como se empresas privadas fossem, tendo o volume de lucros obteníveis limitado pelas condições de mercado e pelas disposições decorrentes do controle de preços ativado pela União; as segundas, como se concessionárias ou permissionárias privadas de serviços públicos, tendo o volume de lucros obteníveis fixado em coerência com a política tarifária dos poderes concedentes ou permi-

38. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1980, p. 137.

39. Vide Eros Roberto Grau, *Elementos de Direito Econômico*, cit., p. 109.

40. No mesmo sentido, na análise do direito italiano, Francesco Galgano, ob. cit., pp. 133-4.

41. Vide Francesco Cavazzuti, *Capitale Monopolistico, Impresa e Istituzione, Il Mulino*, Bologna, 1974, p. 106 e Vera Helena de Mello Franco, *Grupos Econômicos sob Controle Estatal*, tese de doutoramento, São Paulo, 1982, pp. 177-178.

42. A suposição de que a prestação de serviços públicos em regime de concessão ou permissão importa, ainda que a elas se aplique o princípio contido no art. 167, II da CF, em menores custos está contemplada no art. 70 da Constituição do Estado de São Paulo: “Os serviços públicos de natureza industrial ou domiciliar, sempre que possível, serão prestados aos usuários pelos métodos da empresa privada, visando à maior eficiência e redução dos custos operacionais”.

tentes, atendido sempre, no entanto, o aludido princípio, contemplado no art. 167, II do texto constitucional.

41. A tais conclusões poderia eventualmente ser contraposta a disposição contida no art. 238 da Lei 6.404/76: “A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (arts. 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”.

Nos termos do que dispõe o parágrafo único do art. 116 da mesma Lei 6.404/76, o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social.

Para logo se vê, portanto, desde aí, inexistir conflito necessário entre tal dever — que é o que mais importa considerar — e o interesse público que justifica a criação das empresas sob controle do Estado, de modo a restringir a lucratividade destas.

O “interesse público” que justifica a criação da empresa sob controle do Estado — que nem sempre, se não raramente, coincide com o interesse tutelado pelo povo ou sociedade civil — é que, no caso, determina a função social dessas sociedades.

Ora, a obtenção de lucros, tanto pelas empresas sob controle do Estado que desenvolvem iniciativa econômica, quanto pelas que prestam serviço público, é inteiramente compatível, como vimos, com as funções sociais por elas cumpridas — integração capitalista e produção de bens e serviços que não podem ou não devem ser obtidos no regime de exploração privada.

Em razão disso, o preceito contido no citado art. 238 da Lei 6.404/76 efetivamente não tem o condão de colocar sob comprometimento aludidas conclusões.⁴³

X — Conclusões

42. A circunstância, de toda sorte, de poderem e deverem as empresas sob o controle do Estado buscar lucro não implica que todas elas efetivamente o realizem.

Ainda que tal pareça contraditório, ao lado da tendência à atuação em situação não deficitária das que prestam serviço público, número relativamente grande das que desenvolvem iniciativa econômica o fazem com insuficiente capacidade de produção de resultados econômicos positivos, algumas delas em estado de insolvência. Isso, fundamentalmente, pode ser creditado à má administração imprimida pela tecnocracia estatal a tais empresas e à falta de controle mais eficientes quanto à sua atuação.

43. No encerramento do presente relatório, enfatizada a circunstância de suas linhas serem desenvolvidas buscando-se a superação das contradições apontadas nos itens 25 e 26, acima, as seguintes conclusões podem ser alinhadas:

43.1 às empresas sob controle do Estado, que prestam serviço público, está atribuída a função social de produção de bens e serviços que não podem

43. Note-se contudo que, no entendimento da doutrina a que me referi no item 25, acima, o interesse público que justifica a criação da empresa sob controle estatal não prestadora de serviço público é o da preservação da segurança nacional ou organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa (cf. art. 163 do texto constitucional).

ou não devem ser obtidos no regime de exploração privada; tais empresas atuam na situação de concessionárias ou permissionárias de serviço público, alcançadas pelos efeitos do princípio contido no art. 167, II do texto constitucional, em razão do que buscam a realização de saldos positivos de balanço, isto é, a produção de lucros suficientes para permitir a justa remuneração do capital investido e o melhoramento e a expansão dos serviços e para assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

43.2 às empresas sob controle do Estado, que desenvolvem iniciativa econômica em regime de monopólio, está atribuída função de integração capitalista, mediante a exploração de atividade típica do setor privado, cuja assunção por este, todavia, é incompatível com razões de segurança nacional ou necessária à organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa;

43.3 às empresas sob controle do Estado, que desenvolvem iniciativa econômica em caráter suplementar, produzindo para o mercado, está atribuída função de integração capitalista, tendo em vista, fundamentalmente, a supressão de incapacidade ou falta de interesse momentâneo do setor privado na exploração da atividade, a coibição de situações de monopólio de fato, a implementação da função social da propriedade e a promoção do pleno emprego;

43.4 às empresas sob controle do Estado, que desenvolvem iniciativa econômica em caráter suplementar, no exercício de atividade de suporte à Administração, está atribuída a função de, com flexibilidade maior, prover a demanda por serviços da Administração;

43.5 quanto às empresas referidas em 43.2 e 43.3, podem e devem desenvolver suas atividades tendo em vista a especulação lucrativa; no que tange às empresas aludidas em 43.4, não há preceito normativo que as impeça de assim atuar, embora a geração de lucros, no caso, implique injustificada elevação dos custos suportados pela Administração.