

A AUTARQUIZAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM OBSTÁCULO PARA AS REFORMAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

RESUMO

O cumprimento adequado das funções estatais depende da realização de reformas na administração pública que alterem as leis e, frequentemente, a Constituição. Nos quadros da organização administrativa, a empresa estatal é um instrumento para a consecução de finalidades governamentais, inclusive a prestação de serviços públicos. O presente artigo avalia como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem dificultando o uso de empresas estatais para a prestação de serviços públicos com a sua autarquiização.

PALAVRAS-CHAVE Autarquiização, empresa estatal, serviços públicos, organização administrativa, Supremo Tribunal Federal.

Henrique Motta Pinto hmpinto@uol.com.br

Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. Advogado consultor em direito público e regulação.

Artigo submetido em 09.09.2010 e aprovado em 08.11.2010.

ABSTRACT *The proper discharge of state functions depends on reforms in public administration to amend the laws, and often the Constitution. In the tables of the administrative organization, a state-owned enterprise is an instrument for the achievement of governmental purposes, including the provision of public utilities. This article examines how the ruling of the Brazil's Federal Supreme Court has strained the use of state-owned enterprises for the provision of public utilities.*

KEYWORDS *State-owned enterprise, public utilities, administrative organization, Brazil's Federal Supreme Court.*

EMPRESA ESTATAL: UM MODELO JURÍDICO

A empresa estatal pode ser vista como um modelo jurídico usado pelo Estado para realização de suas atividades. Ao criar uma entidade como *pessoa de direito privado*, na forma de empresa, o Estado a submete a um regime jurídico em que predomina o direito privado. Sua opção pelo formato empresarial contém, em si, a avaliação de que esse é o melhor meio para o cumprimento da finalidade almejada, para a qual se reconhece um interesse público ou coletivo. A entidade concebida pelo Estado ganha dele uma missão, a de desenvolver certa ação governamental, a qual lhe caberá perseguir na condição de empresa.

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

O ato de criação de uma empresa estatal importa na sua submissão a *normas comuns*, típicas do direito privado e aplicáveis tanto às empresas estatais quanto às empresas do setor privado. Ao recorrer a normas comuns para reger a vida de uma entidade sua, o Estado faz uma escolha pelo regime jurídico básico de direito privado. Em vez de criá-la como pessoa de direito público, para quem o regime jurídico básico seria o de direi-

to público, o Estado opta por empregar a forma de empresa, própria do direito privado, atraindo a incidência de um complexo normativo típico do setor privado. O Estado se submete, então, às normas comuns da sociedade, abdicando de parte do conjunto normativo que poderia aplicar se optasse por criar uma pessoa de direito público.

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

A existência de normas próprias no regime jurídico das empresas estatais, que excepcionam o regime jurídico empresarial que lhes foi adotado, levanta problemas que demandam atenção de quem investiga o fenômeno das empresas controladas pelo Estado. Há um *risco permanente de crise no modelo jurídico da empresa estatal*, porque tais normas próprias têm o potencial de ruir a estrutura empresarial que dá base a essas entidades estatais. Isso pode ocorrer quando a incidência de uma norma própria ocorrer de maneira tal que signifique a equiparação, em tal aspecto, com o

regime jurídico das pessoas de direito público, o que afeta a personalidade de direito privado das empresas estatais e reverte a opção inicial do Estado de utilizar a forma de empresa. A aplicação excessiva das normas próprias, que desconsidera o caráter empresarial das estatais e as suas particularidades dentro do universo das figuras da organização administrativa, conduz à descaracterização das empresas estatais e a sua aproximação com o regime jurídico das pessoas de direito público. Daí a se falar em um movimento de autarquização das empresas estatais, uma vez que a autarquia é uma pessoa de direito público descentralizada, cujo regime jurídico passa a servir de paradigma para a equiparação.

Diante desse risco, coloca-se o desafio de saber quando as normas próprias são admissíveis, e, em caso positivo, em que intensidade. A resposta a esse desafio deve ser buscada concretamente, por meio de soluções que obtenham um equilíbrio entre a necessidade da medida imposta pela norma própria e a preservação do modelo empresarial adotado pelo Estado para uma entidade sua. Assim, os problemas decorrentes da adoção do modelo empresarial para entidades estatais podem ser pensados a partir das seguintes questões: a adaptação feita pelo Estado no regime jurídico de sua empresa prejudica a funcionalidade do formato empresarial que ele próprio adotou para essa sua entidade? As características próprias do modelo empresarial são enfraquecidas ou se perdem quando o Estado decide usá-lo? Até que ponto a norma própria pode incidir sem danificar a forma de empresa que identifica a entidade estatal?

O artigo visita a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com a finalidade de avaliar se ela compõe adequadamente a incidência da norma própria em questão com a forma empresarial das estatais. A questão sobre a preservação do caráter empresarial das estatais pelo STF tem resposta matizada, conforme as espécies de normas próprias envolvidas.

A PRESERVAÇÃO DO CARÁTER EMPRESARIAL DAS ESTATAIS PELO STF

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal preserva o modelo jurídico de empresa estatal quando julga disputas envolvendo a incidência das *limitações* relativas aos deveres de licitar e de se submeter ao controle dos tribunais de contas. O tribunal não tende a avaliar a personalidade de direito privado das empresas estatais como impeditiva à incidência de normas dessa espécie, considerando-as compatíveis com a sua estrutura empresarial. Além disso, o STF manifesta um olhar favorável à diferenciação do modo de incidência de tais normas, o que preserva o modelo de empresa estatal.

As empresas estatais possuem o *dever de licitar* para contratar serviços e obras, alienar e comprar bens (CF/88, art. 22, XXVII c/c art. 37, XXI c/c art. 173, § 1º, III). Trata-se de uma obrigação claramente prevista na Constituição Federal de 1988, cuja existência, em si, não desperta dúvidas. A discussão relevante sobre o tema é a da possibilidade de diferenciação do regime licitatório para as empresas estatais, diante das regras aplicáveis a toda a administração pública, de forma a atender as suas especificidades empresariais.

Desde 1993, as normas da Lei 8.666 alcançam indistintamente quaisquer entidades da administração pública, inclusive as empresas estatais (art. 1º, parágrafo único). Não há, portanto, um tratamento licitatório diferenciado para as empresas estatais no sistema da Lei 8.666/93, que ficam sujeitas às mesmas regras aplicáveis às demais entidades estatais. Como reação a essa uniformidade de regime licitatório, vem se disseminando uma tendência legislativa de instituição de regimes licitatórios simplificados para empresas estatais, em atenção à sua personalidade jurídica de direito privado e seu funcionamento empresarial. Em 1997, a Lei do Petróleo flexibilizou as licitações

da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), afastando a incidência da Lei 8.666/93 com a previsão de um procedimento licitatório simplificado, definido por decreto do presidente da República (Lei 9.478/97, art. 67, e Decreto 2.745/98). A Lei 11.652/08 adotou semelhante solução legislativa para as licitações da Empresa Brasil de Comunicação S.A. (EBC), cujo regulamento simplificado encontra-se no Decreto 6.505/08. Em 2009, a fórmula também foi aplicada para as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás), para permitir que as aquisições de bens e as contratações de serviços, que ela e suas controladas realizem, ocorram por meio de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do presidente da República (Lei 11.943/09).

Em razão de tal tendência legislativa, vem sendo debatida a questão da validade das normas que permitem a criação de procedimentos licitatórios simplificados para empresas estatais. A discussão foi judicializada e começa a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Por meio de decisões cautelares, a corte vem preservando os efeitos dos procedimentos licitatórios da Petrobras, realizados com base na Lei do Petróleo e no Decreto 2.745/98, contra decisões, de outras instâncias judiciais e do Tribunal de Contas da União, que os anulam para impor à estatal a observância da Lei 8.666/93.

Em mandado de segurança interposto pela Petrobras, o STF, em decisão monocrática do min. Gilmar Mendes, deferiu a medida cautelar para suspender os efeitos de decisão do TCU que determinou à sociedade de economia mista que se abstivesse de aplicar o seu regulamento simplificado de contratações e seguisse a Lei 8.666/93. Para o magistrado, desde a Emenda Constitucional 9/95, com o fim da exclusividade de exercício, pela Petrobras, do monopólio da União sobre a exploração e produção de petróleo, a estatal passou a atuar em um ambiente de competição com empresas do setor privado. Tanto essas quanto a

estatal podem ser contratadas pela União para a concessão de exploração e produção de petróleo, o que induz à ocorrência de disputa entre elas. Considerando a necessidade de a Petrobras possuir um regime de licitações mais ágil que o da Lei 8.666/93, em função dessa disputa com as empresas do setor privado, que não estão sujeitas ao dever de licitar, a medida cautelar foi deferida para permitir à estatal que continuasse utilizando o seu regulamento simplificado. Trata-se do Caso Petrobras (2006).²

A matéria obteve apreciação colegiada menos de dois meses depois, quando chegou ao STF uma ação cautelar onde a PETROBRÁS buscava a obtenção de efeito suspensivo a recurso extraordinário que havia interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. A decisão desse tribunal, também em medida cautelar, suspendia novamente licitações da estatal realizadas com base em seu regulamento simplificado, já suspensas pelo juízo, mas autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A disputa foi iniciada por uma empresa do setor privado que entendia ser inconstitucional o regulamento simplificado da estatal, por afastar a aplicação da Lei 8.666/93. Com base nas mesmas razões pelas quais julgou o Caso Petrobras (2006), e considerando existente o perigo de dano irreparável decorrente de a decisão do STJ ter obrigado a Petrobras a licitar conforme a Lei 8.666/93 até a decisão final do recurso especial, a Segunda Turma do STF, por decisão unânime, deferiu a medida cautelar para conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário então interposto. Trata-se do Caso Petrobras (2006b).³

Num cenário em que ainda é incipiente o uso das licitações simplificadas, com sua previsão legal para poucas empresas estatais, tais decisões propiciam que esse mecanismo continue em teste, podendo ser vistas como uma permissão do STF para que o legislador e administrador sigam experimentando tal fórmula e tenham tempo para

avaliar os seus resultados. A edição dessas leis já significa um reconhecimento legislativo da constitucionalidade da diferenciação do regime licitatório. A leitura constitucional do legislador é a de que a previsão do dever de licitar das estatais não implica em um regime licitatório unificado para toda a administração pública. O legislador vem trabalhando com uma margem de conformação para, obedecendo ao dever de licitar e aos princípios da administração pública, diferenciar as maneiras pelas quais as entidades estatais licitam.⁴

Tal tendência legislativa poderá ainda ganhar um forte impulso se for transformado em lei o Anteprojeto para Reforma da Organização Administrativa Brasileira, que autoriza a adoção de procedimentos de contratação simplificados ou específicos, previstos em regulamentos próprios das empresas estatais não dependentes e das que tenham celebrado contrato de autonomia, desde que sejam aprovados por decreto do chefe do poder executivo de sua esfera federativa e respeitem os princípios constitucionais da administração pública e as normas da própria lei de organização administrativa, dentre as quais constam diretrizes específicas (Aplorg, art. 24).⁵

Trata-se de norma que contaria com precedentes favoráveis do Supremo Tribunal Federal.

Também é uma limitação das empresas estatais *a submissão à fiscalização* contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial *do poder legislativo e do tribunal de contas competente*, na forma de controle externo, e pelos mecanismos de controle interno *do poder executivo* da esfera federativa a que pertença (CF/88, artigos 49, X, 70 e 71). Assim como o dever de licitar, é uma limitação prescrita pela Constituição Federal, constando de sua redação originária, quando prevê a fiscalização das *entidades da administração indireta*, dentre as quais estão as empresas estatais (art. 49, X c/c art. 70, *caput*).

Após a promulgação da Constituição surgiram significativas dúvidas sobre o alcance, às empre-

sas estatais, da norma de controle externo, a cargo do poder legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas. A dúvida que se colocava era saber se as empresas estatais se sujeitavam ao controle externo pelo só fato de pertencerem à administração pública (art. 49, X c/c art. 70, *caput*), ou se havia competência dos tribunais de contas apenas quando houvesse dinheiros, bens e valores públicos envolvidos, sendo administrados por empresas estatais, ou quando houvesse prejuízo ao erário público causado por agente de empresa estatal (art. 70, parágrafo único c/c art. 71, II). Nessas duas últimas situações, nunca houve dúvida sobre o alcance do controle externo, que atinge os atos dos administradores e demais responsáveis das empresas estatais pelo manejo dos recursos públicos, possibilitando que suas contas sejam julgadas pelos tribunais de contas. Porém, não era suficientemente claro se os tribunais de contas poderiam realizar suas tarefas de fiscalização rotineira sobre os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais das empresas estatais pela só circunstância de essas pertencerem à administração indireta.

O STF posicionou-se inicialmente, em dois julgados de 2002, pela insubmissão das estatais à prestação de contas aos tribunais de contas, salvo quando estivessem envolvidos dinheiros, bens e valores públicos ou prejuízo ao Tesouro, concedendo dois mandados de segurança para sociedades de economia mista que vinham sendo alvo de determinações do Tribunal de Contas da União. São os casos Banco do Brasil (2002)⁶ e BB-DTVM (2002).⁷

No caso envolvendo o Banco do Brasil S/A (BB), o TCU determinou-lhe a instauração de tomada de contas para apurar os fatos, identificar os responsáveis e qualificar o dano aos cofres da estatal que teriam sido causados por empregado que realizou operações financeiras na agência de Viena, na Áustria. No caso envolvendo o BB-DTVM (Banco do Brasil – Distribuidora de Títu-

los e Valores Mobiliários S/A, subsidiária daquela estatal), o TCU determinou-lhe a instauração de tomada de contas para apurar prejuízo derivado de operações realizadas no mercado futuro de índices Bovespa por empregado que não teria atendido às normas internas pertinentes.

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

Ao longo dos acórdãos, tanto no corpo dos votos quanto nos debates entre os ministros, surgiram com nitidez argumentos que discutiam razões de conveniência e viabilidade fática de atribuição constitucional de competência fiscalizatória dos tribunais de contas sobre as empresas estatais. Uma preocupação, aventada pelo min. Carlos Velloso, foi com a boa administração de recursos pelas empresas estatais, defendendo que a competência fiscalizatória dos tribunais de contas sobre as empresas estatais fosse reconhecida

como forma de evitar desvios nas empresas estatais, alertando que a decisão valeria para “empresas estatais que não gozam da mesma saúde econômica e moral do Banco do Brasil”. Os demais ministros compreenderam a preocupação ética, mas acreditavam ser inviável, na prática, a fiscalização rotineira das empresas estatais pelos tribunais de contas. O min. Nelson Jobim alertou para o risco de expansão demasiada das competências dos tribunais de contas, inclusive com a análise da pertinência de gastos das estatais em suas atividades comerciais, o que declarou não ser constitucional. O min. Sepúlveda Pertence e o min. Maurício Corrêa argumentaram que a imposição de tal limitação dificultaria a atuação das empresas estatais em concorrência com empresas do setor privado. É interessante perceber como essa discussão da conveniência e viabilidade concreta da imposição às estatais da fiscalização dos tribunais de contas foram razões subjacentes aos argumentos de interpretação jurídica dos artigos 70 e 71 da Constituição.

Posteriormente, em dois julgados de 2005, o STF reverteu a interpretação fixada em 2002, para entender que as empresas estatais estão sujeitas à fiscalização dos tribunais de contas não só quando manejarem recursos públicos ou causarem prejuízo ao erário público (CF/88, art. 70, parágrafo único *c/c* art. 72, II), mas pelo só fato de pertencerem à administração pública, integrando a administração indireta (CF/88, art. 49, X *c/c* art. 70, *caput*). Após essas decisões, o STF modificou seu posicionamento sobre a extensão do controle externo do poder legislativo, auxiliado pelo tribunal de contas competente, para afirmar que as empresas estatais estão a ele sujeitas quanto à sua fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, pelo só fato de pertencerem à administração indireta. A reviravolta se deu no julgamento dos Casos CHESF (2005)⁸ e Banco do Nordeste do Brasil S/A (2005).⁹

Naquele, um advogado da Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF) deixou de apresentar apelação em processo judicial rumoroso, o que causou prejuízo à estatal, tendo sido condenado pelo Tribunal de Contas da União ao pagamento de multa pecuniária. Nesse, o presidente do Banco do Nordeste coordenou um acordo com devedores para o ressarcimento de concessão de crédito vencido, que teria sido desvantajoso para a estatal, tendo sido condenado pelo Tribunal de Contas da União ao pagamento de multa pecuniária. Ambos os mandados de segurança, impe-trados pelos referidos empregados das estatais, foram indeferidos.

Repetindo o voto dado nos casos Banco do Brasil (2002) e BB-DTVM (2002), onde fora vencido, o min. Carlos Velloso reafirmou que a fiscalização dos tribunais de contas alcança as empresas estatais, por força do artigo 71, inciso II da Constituição. Por isso, as contas dos seus administradores estão sujeitas ao controle pelos tribunais de contas. Considerou que um dano ao patrimônio da empresa estatal é um dano ao erário, uma vez que o Estado é acionista da estatal. Sustentou que a circunstância de as estatais possuírem personalidade de direito privado não lhes afasta a aplicação das normas, de direito público, que viabilizam o seu controle. Ponderou que a fiscalização pelos tribunais de contas é necessária para a boa aplicação dos recursos públicos pelas estatais, sendo que muitas delas não os administram bem. Os demais ministros votaram com o relator, agregando argumentos para alcançar o mesmo resultado.

Mesmo com a mudança de interpretação, para admitir a incidência do controle externo do poder legislativo sobre as empresas estatais, os ministros concordaram com uma das preocupações que levaram à formação da orientação anterior: existe o risco de abuso no exercício da função de controle externo, que prejudicaria a autonomia das empresas estatais. Durante todo o julgamento, os ministros (em especial o min. Gilmar Mendes e o min.

Sepúlveda Pertence) manifestaram muita preocupação com a extensão das atividades de controle dos tribunais de contas, considerando que seria inconstitucional a interferência nas políticas públicas e nas estratégias empresariais das estatais. Ou seja, para o STF, o controle externo não pode ser usado para que os tribunais de contas comandem as decisões das empresas estatais e interfiram em suas atividades tipicamente negociais. No entendimento da corte, o controlador não pode substituir o gestor da empresa estatal. Os ministros ainda ponderaram sobre o risco de avaliações de controle descontextualizadas do momento da decisão administrativa e das suas circunstâncias determinantes, em que os órgãos de controle atuariam, em expressão usada pelo min. Gilmar Mendes, como “engenheiros de obras prontas”. Porém, em vez de afastar tais entidades estatais da fiscalização rotineira dos tribunais de contas, como havia feito em 2002, o STF afirmou a incidência do controle externo permanente e fez essas importantes considerações sobre as suas particularidades quando os órgãos controlados são empresas estatais. Como remédio para a ocorrência desses abusos, prescreveu o controle judicial. De tal modo, o tribunal autorizou a atuação fiscalizatória das cortes de contas, mas não lhes deu um “cheque em branco”, tendo claramente sinalizado que irá controlar interferências indevidas que os órgãos de controle externo fizerem sobre a gestão das empresas estatais, tendo simultaneamente orientado todo o poder judiciário a fazê-lo.

A força da decisão é constatada pela votação unânime e por terem as razões da decisão convencido até mesmo os ministros que haviam votado diferentemente em 2002. Em pouco menos de quatro anos, o STF alterou a sua posição, numa guinada na sua compreensão sobre a admissibilidade da fiscalização rotineira dos tribunais de contas sobre as empresas estatais. Certamente a mudança do quadro dos ministros (dos dez ministros que votaram em 2002, apenas três votaram

em 2005) foi decisiva para essa alteração. Contudo, a mudança de orientação também pode ser creditada à polêmica e à dificuldade que o tema envolvido enseja. Trata-se de um julgamento cuja consideração é necessária para a compreensão do sentido e do alcance das tarefas dos tribunais de contas na atividade de controle sobre as empresas estatais. A decisão do STF é especialmente relevante para sublinhar o fato de que importa, além da existência em si do controle externo, *o modo* como ocorre a fiscalização das empresas estatais, cujas características organizacionais são bastante diferenciadas daquelas das pessoas jurídicas de direito público.

Com essa preocupação, e de modo coerente com a interpretação do STF, o Anteprojeto de Lei para Reforma da Organização Administrativa Brasileira (Aplorg) prevê: a compatibilidade do controle com a natureza de direito privado das empresas estatais e com a especificidade de sua atuação (art. 51); que o controle das estatais referidas pelo § 1º do art. 173 deva ocorrer, preferencialmente, nas suas instâncias de governança corporativa, observada sua atuação em concorrência com empresas privadas (art. 52); que o controle externo não pode implicar interferência na gestão ou ingerência no exercício das competências das empresas estatais (art. 62, parágrafo único).¹⁰

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

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

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

O STF E O INÍCIO DE UMA CRISE NO MODELO JURÍDICO DE EMPRESA ESTATAL

O STF gera uma crise do modelo jurídico da empresa estatal quando afirma os *privilégios* da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca para empresas estatais de serviços públicos. A jurisprudência da Corte vem estendendo tais prerrogativas, próprias das pessoas de direito público, para empresas estatais que considera prestadoras de serviços públicos, o que afeta sua personalidade de direito privado e modifica algumas das características que as identificavam como entidades estatais empresariais. Assim, é atingida a própria ideia de submissão de um ente estatal a um regime jurídico em que predomina o direito privado.

De um lado, a criação de uma entidade estatal como pessoa de direito público implica no reco-

nhecimento de prerrogativas, que são proteções especiais conferidas pelo ordenamento jurídico para certas pessoas, por sua função social. Assim, o patrimônio das pessoas de direito público é protegido com a instituição de um procedimento diferenciado de execução contra a Fazenda Pública, que respeita a impenhorabilidade dos seus bens (CF/88, art. 100, *caput* e §§ 1º a 16; Código de Processo Civil, artigos 730, 731, 741 a 743). Outra prerrogativa das pessoas de direito público é a imunidade tributária recíproca, que é concedida propriamente para quem tem capacidade de tributar – as pessoas políticas – como forma de evitar atritos federativos, e estendida, pela própria Constituição, para as autarquias, fundações de direito público e fundações governamentais de direito privado (CF/88, art. 150, VI, *a* e § 2º). O texto constitucional restringe a imunidade recíproca para essas pessoas, com a ressalva de que poderão ser tributadas quando desenvolverem atividades econômicas ou prestarem serviços públicos econômicos (CF/88, art. 150, § 3º).

Por outro lado, a criação de uma entidade estatal como pessoa de direito privado causa o afastamento das prerrogativas do Estado e a submissão aos regimes comuns de execução e de tributação. Por opção do Estado criador, o patrimônio da empresa estatal que não for afetado à prestação do serviço público pode ser judicialmente constricto para a satisfação de direitos de terceiros, assim como ela fica sujeita à cobrança de impostos pelos demais entes federativos sobre o seu patrimônio, renda ou serviços.

A jurisprudência manifesta uma expressiva tendência de o STF afirmar o privilégio da *impenhorabilidade de bens* para as empresas estatais de serviço público. Essa tendência é comprovada pelos julgamentos do Caso ECT (2000),¹¹ que a iniciou, e do Caso Eletronorte (2008),¹² do Caso Emdur-Porto Velho (2008),¹³ do Caso CARHP-AL (2009),¹⁴ do Caso Casal-AL (2009)¹⁵ e do Caso Ebda-BA (2009),¹⁶ que a seguiram. Em todo

esses julgados, a constatação de que se tratava de estatal de serviço público serviu para afastar a incidência do artigo 173 e aplicar o artigo 100, ambos da Constituição, e assim garantir a fruição do privilégio da impenhorabilidade dos bens. Com base no pertencimento a esta categoria de empresa estatal, o STF entendeu cabível que o patrimônio dessas estatais fosse protegido da constrição judicial para a satisfação de direitos de credores.

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

A impenhorabilidade dos bens das empresas estatais prestadoras de serviços públicos é uma criação jurisprudencial do STF. Com o julgamento do Caso ECT (2000), o tribunal iniciou uma corrente decisória que vem se expandindo para outras empresas estatais, que passaram a ter direito ao privilégio. Apesar de naquela circunstância existir norma infraconstitucional expressa garantindo o privilégio para a ECT, a corte não considerou essencial a sua previsão em lei para as empresas estatais que obtiveram posteriormente a impenhorabilidade de bens. Por interpretação do STF, o fundamento do privilégio nesses casos está na própria Constituição, derivando de um regime que é necessário para as estatais de serviços públicos.

O privilégio representa uma nova hipótese de impenhorabilidade de bens em função da pessoa devedora, já que a Constituição apenas preserva

da constrição judicial o patrimônio das pessoas de direito público. Não há fundamento constitucional suficiente para a garantia da impenhorabilidade subjetiva do patrimônio das empresas estatais, ainda que prestadoras de serviços públicos. Há norma constitucional de impenhorabilidade em função dos bens públicos em si, dentre os quais estão aqueles necessários aos serviços públicos, mas o STF afirma o privilégio para as estatais de serviços públicos pelo critério subjetivo, protegendo todo o seu patrimônio da constrição judicial, e não somente aquele afeto aos serviços públicos. Por isso, a afirmação do privilégio não tem base na Constituição.

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

A jurisprudência do STF vem progressivamente criando um regime tributário privilegiado para as empresas estatais de serviço público. Fixado o entendimento de que as empresas estatais de serviço público têm natureza autárquica, o tribunal vem lhes concedendo, a partir do Caso ECT (2004), o privilégio da *imunidade tributária recíproca*. Há uma tendência expansionista de afirmação do privilégio da imunidade tributária recíproca para as empresas estatais que o STF venha a tomar como prestadoras de serviços públicos. Essa tendência é comprovada pelos julgamentos do Caso ECT (2004),¹⁷ que a iniciou, do Caso Caerd-RO (2007),¹⁸ do Caso Infraero (2007)¹⁹ e do Caso Cohab-AC (2009),²⁰ que a seguiram. Em

todos eles, a imunidade recíproca foi concedida após o STF constatar que a empresa estatal envolvida era de serviço público, o que o levou a, naquele primeiro caso, explicitamente caracterizá-la como autarquia, e, nos outros, a implicitamente admitir a equiparação entre as duas figuras administrativas. Assim, tornou-se viável, na lógica das decisões, que aquelas empresas estatais pudessem usufruir uma proteção que o texto constitucional não lhes confere, mas sim às autarquias.

A admissão das empresas estatais de serviços públicos como beneficiárias da imunidade tributária recíproca, por via de equiparação com as autarquias, é contrária à Constituição, que prevê a competência tributária das pessoas políticas nesta hipótese. O STF realizou uma interpretação constitucional por meio da qual instituiu uma nova categoria de beneficiários da imunidade recíproca, que não constam da regra definida pelo constituinte. Sua leitura pressupõe uma hipótese implícita no texto constitucional, partindo de uma distinção entre as empresas estatais conforme a sua atuação para garantir a imunidade recíproca.

A circunstância de a estatal ser prestadora de serviço público, que foi considerada decisiva para a concessão do privilégio, não tem relação constitucional consistente com a imunidade recíproca. A Constituição declara não proteger os serviços públicos prestados por empresas estatais da tributação, excluindo da hipótese de imunidade recíproca o patrimônio, a renda e os serviços em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. Assim, permite que os serviços públicos tarifados sejam alvo de impostos, ainda quando prestados pelas pessoas que foram, em suas outras atividades, beneficiadas pela imunidade recíproca. Nesse ponto, a Constituição ressalva da regra da imunidade os serviços públicos econômicos, que são distintos dos serviços públicos que se remuneram pela incidência de taxas (art. 145, II). Esses estão a salvo da tributação, mas aqueles não.

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

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

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

A construção progressiva de um regime privilegiado de execução e tributação para as empresas estatais de serviços públicos, por meio da extensão de prerrogativas do Estado, provoca um afastamento pontual do regime jurídico básico empresarial e uma aproximação gradual do regime jurídico básico das pessoas de direito público, *ocorre atualmente um movimento de autarquização das empresas estatais de serviços públicos*. Esse movimento pode ser explicado pela existência de uma concepção implícita na jurisprudência, pela qual as estatais de serviços públicos têm direito às prerrogativas do Estado. A partir daí é possível constatar que o STF não vê essas estatais como empresas, ao contrário das de atividade econômica.

Quando uma estatal passa a deter um regime privilegiado de execução e tributação, sua personalidade de direito privado fica mitigada. Com a totalidade dos seus bens protegida da execução e com o seu patrimônio, a sua renda e os seus serviços resguardados da tributação por impostos, essas entidades estatais se igualam, nesses aspectos, às pessoas de direito público. A permanência de outros aspectos decorrentes da sua personalidade de direito privado, como o regime trabalhista comum (celetista) e a autonomia orçamentária diante da pessoa de direito público que a controla, quando existente, coloca as empresas estatais privilegiadas em algum ponto no meio do caminho entre as empresas estatais “genuínas” e as autarquias.

Há um efeito preocupante nessa jurisprudência do STF: sua construção e alimentação prejudica a própria utilização, pelo Estado, da forma empresarial para suas entidades. O problema ocorre no seu uso para as entidades que o Estado cria com a finalidade de, por meio delas, prestar serviços públicos. A consolidação e a constante expansão dessa jurisprudência tendem a restringir a margem de atuação dos poderes legislativo e executivo na tarefa de organização da administração pública,

com possíveis efeitos negativos para a gestão pública.

O STF construiu sua jurisprudência de uma maneira rígida: definiu que as empresas estatais de serviços públicos se submetem a um regime de privilégios que é constitucional (e, portanto, prescinde de lei própria para ser aplicado a qualquer estatal de serviço público) e necessário (logo, não admite que as estatais de serviços públicos não os detenham e nem que a legislação opte por submetê-las ao regime comum de execução e de tributação). Além disso, o tribunal deu pouca atenção a uma característica essencial das empresas estatais: a de que são entidades estatais com personalidade de direito privado, por opção do Estado criador, cuja vontade foi menosprezada com a afirmação dos privilégios. Outra característica da jurisprudência é a de ter estabelecido uma relação de causa e efeito entre a inaplicabilidade da norma constitucional proibitiva de privilégios (CF/88, art. 173) e a concessão dos privilégios para as estatais de serviços públicos.

Por conta dessa construção jurisprudencial, vem sendo dificultada a opção do Estado pelo formato de empresa, quando ele decide usá-la para a prestação de serviços públicos por meio de uma entidade sua. A dificuldade existe para a criação de uma empresa estatal de serviços públicos que o Estado pretenda submeter aos regimes ordinários de execução e tributação. A jurisprudência do STF leva à conclusão de que esta opção não se coadunaria com o regime constitucional e necessário dos privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca, que deve incidir sobre as estatais de serviços públicos.

No presente momento existe uma situação mista, em que algumas estatais de serviços públicos conseguiram acessar os privilégios, mas grande parte delas ainda não. Contudo, a tendência dessa jurisprudência é francamente expansionista, em razão da própria forma pela qual foi concebida pelo STF. Ao decidir que há um regime cons-

titucional de privilégios, que se apresenta como necessário para as estatais de serviços públicos, o tribunal propiciou as condições para que as outras empresas que assim possam ser qualificadas busquem no judiciário a constituição de privilégios.

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

O ato de criação de uma empresa estatal para a prestação de um serviço público contém, em si, uma opção do Estado pela utilização do direito privado como o conjunto de regras básicas regentes da vida da pessoa jurídica. É esse o significado da escolha feita pela personalidade de direito privado. Se o Estado pretendesse prestar o serviço em questão por uma pessoa de direito público, teria concebido, para tanto, uma autarquia. Se buscasse um prestador no setor privado, teria concedido o serviço público. A escolha do Estado

é prenhe de significado e interfere diretamente no modo de realização de uma política pública.

Se o Estado decide adotar a forma empresarial para a prestação de um serviço que é de sua titularidade, esta opção não pode ser relativizada pelo STF a ponto de a empresa estatal ser descaracterizada. É preciso dar valor à vontade estatal contida no ato de criação da nova pessoa jurídica, e não menosprezá-la como um fator de segunda importância. As empresas estatais surgem num processo de descentralização que lhes concede autonomia para o cumprimento de uma missão social, e nascem sujeitas a um regime jurídico empresarial, comum a quaisquer empresas, do setor privado ou estatal. Para esta constatação, é indiferente atentar para a sua atuação; uma empresa pode servir a diversos fins, mas é a lógica empresarial que guia o seu cotidiano e as suas relações jurídicas com acionistas, sócios, fornecedores, consumidores, empregados e orienta a sua postura perante a comunidade em que atua.

O fato de uma empresa estatal prestar serviços públicos não muda a natureza jurídica de direito privado da sua personalidade. É um equívoco supor que a atividade desempenhada pela empresa estatal interfira na sua personalidade de direito privado, porque a prestação do serviço público não transfere à empresa prerrogativas que são do Estado, não obstante o serviço público em si possua proteções especiais, seja ele prestado por empresa do setor privado ou estatal. A prestação de serviço público é, então, um aspecto irrelevante, que não pode ser usado para descaracterizar a personalidade jurídica de direito privado das empresas estatais.

A jurisprudência do STF restringe a margem que o Estado possui na utilização da forma empresarial para suas entidades. Mas a Constituição permite ao Estado que, no exercício de organizar a administração pública, submeta entidades que crie a um regime predominantemente de direito privado, atribuindo-lhes a personalidade de di-

reito privado. A criação de uma empresa estatal é uma tarefa de organização administrativa, que deve ser autorizada por lei específica e que envolve uma conjunção de atos do poder executivo e do poder legislativo (CF/88, art. 37, XIX c/c art. 61, § 1º, II, e). Ao conceber e fomentar uma jurisprudência pela qual as empresas estatais de serviços públicos estão sujeitas a um regime, necessário e constitucional, de privilégios de execução e tributação, o STF acaba por restringir a possibilidade de os poderes executivo e legislativo submeterem tais entidades ao regime ordinário de execução e tributação.

Desse modo, essa jurisprudência impacta negativamente na atividade do Estado de organização da administração pública, que vê limitadas suas possibilidades de recorrer ao direito privado como regime predominante para as estatais de serviços públicos. Torna-se mais dificultoso implementar métodos de gestão pública que demandam diferenciação de formas e regimes jurídicos das entidades estatais.²¹ O efeito da jurisprudência é induzir a uma gradual unificação de regimes jurídicos das diversas entidades que compõem a administração pública.

Iniciativas que procurem introduzir diversidade de formas e opções organizacionais da administração pública tendem a ser prejudicadas por essa jurisprudência do STF. O problema surge diante do Anteprojeto de Lei para a Reforma da Organização Administrativa Brasileira – APLORG, que contém normas que sujeitam as empresas estatais ao regime jurídico próprio das pessoas de direito privado quanto, entre outros, ao pagamento e execução de seus créditos e débitos, e aos direitos e obrigações tributários (art. 21);²² e que determinam, nas execuções contra as empresas estatais, a realização de penhora na forma do artigo 678 do Código de Processo Civil, em montante que não prejudique a continuidade de suas atividades e nem torne indisponíveis os bens insubstituíveis e indispensáveis à atividade pública (art. 25).²³ O

APLORG é uma lei quadro para a organização administrativa, que fornece opções para que o Estado decida sobre a melhor forma de cumprimento de suas funções e realização de suas atividades.²⁴ Tais características do regime jurídico das empresas estatais prescritas pelo Aplorg poderiam ser objetadas por alguém que suscite a jurisprudência do STF. Por isso, é preocupante o rumo tomado pela jurisprudência do STF, que pode vir a impedir o uso de formas de direito privado por entidades estatais.

A jurisprudência veicula uma interpretação constitucional que dificulta a adoção, pelo Estado, de uma variedade de formas organizacionais para a prestação de serviços públicos. O prejuízo está nas crescentes restrições ao uso da forma empresarial para as entidades estatais que prestam serviços públicos. Por impor para as estatais de serviços públicos um regime de privilégios constitucional e necessário de execução e de tributação, o STF mitiga suas características empresariais. Ao aproximar o regime jurídico das estatais de serviços públicos do das autarquias, o tribunal afasta, ao menos parcialmente, a solução empresarial para a prestação de serviços públicos pelo Estado.

Contudo, a tendência legislativa é contrária, procurando cada vez mais intensificar o uso da forma empresarial para a prestação de serviços públicos. Nesse sentido encontram-se as leis que disciplinam a concessão de serviços públicos para empresas do setor privado (como a Lei de Concessões – 8.987/95 e a Lei de Parcerias Público-Privadas – 11.079/04) e também as que prevêm a contratação de empresas estatais integrantes de outras esferas federativas para a prestação de serviços públicos (como a Lei de Consórcios Públicos – 11.107/05).

Essa jurisprudência do STF tem um efeito de comprimir o espaço da legislação ordinária para a definição do regime jurídico das empresas estatais que prestam serviços públicos. Ao extrair

os privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca diretamente da Constituição e torná-los necessários, o STF impôs um obstáculo para a atuação do legislador. Este modo de julgar da corte traz dificuldades para a tarefa de organização administrativa, limitando a opção de uso de empresas estatais para a prestação de serviços públicos. Em tal matéria, que envolve uma ampla gama de complexos fatores administrativos, seria mais prudente que a corte adotasse uma postura contrária, a qual garantisse maior espaço para a legislação ordinária conformar o regime jurídico das empresas estatais de serviços públicos.

AS POSSÍVEIS SAÍDAS PARA A CRISE NO MODELO JURÍDICO DA EMPRESA ESTATAL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre privilégios das empresas estatais de serviços públicos iniciou um momento de crise na utilização do formato empresarial pelo Estado. Os regimes privilegiados de execução e de tributação ainda estão restritos a algumas empresas estatais prestadoras de serviços públicos, mas há uma tendência de expansão para outras estatais que assim possam ser qualificadas perante o poder judiciário. A existência de um entendimento consolidado no STF é um forte estímulo para que outras empresas estatais procurem obter tais privilégios por meio de declaração judicial, não só naquele tribunal, mas em todo o poder judiciário.

Esse movimento de busca por privilégios diretamente no judiciário tende a ser bem sucedido, pela maneira como a jurisprudência do STF está estruturada. Conforme for aumentando o número de estatais com acesso aos regimes privilegiados de execução e tributação, mais se inten-

sificará o processo de autarquização das estatais de serviços públicos. Deste modo, cada vez mais será diminuído o valor da opção do Estado pela constituição da entidade como empresa, num ato complexo que conjuga vontades dos poderes executivo e legislativo.

Esse cenário conduz à questão de como lidar com os problemas decorrentes do processo de autarquização das empresas estatais. Há saída para a crise instalada no modelo jurídico da empresa estatal? Esse processo é reversível? Quais são as alternativas institucionais que se apresentam para a viabilização do uso pleno do formato empresarial pelo Estado, com a preservação dos aspectos operacionais e de funcionamento regidos pelo direito privado?

A saída da crise na utilização do formato empresarial pelo Estado passa, inevitavelmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda que ocorra um movimento contrário ao processo de autarquização por iniciativa dos poderes legislativo e executivo, a solidificação do entendimento do STF por meio de sua jurisprudência induz à necessidade de convencimento dessa corte, sob pena de invalidação das normas legais que venham a ser criadas, e mesmo de novas normas constitucionais que surjam por força do poder constituinte derivado. Nesse contexto, colocam-se, a princípio, três alternativas para conter a crise no modelo jurídico da empresa estatal.

A *primeira alternativa* é o abandono da jurisprudência afirmativa de privilégios para as empresas estatais de serviços públicos. Essa opção só pode ser implementada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, não só porque foi lá que se concebeu essa corrente jurisprudencial, mas também porque nenhum outro órgão judicial pode revisar as suas decisões. Tal estratégia é consentânea com as atribuições desse tribunal, cuja missão é a de guardar a Constituição, vocalizando suas normas, interpretando o seu texto para a solução de conflitos que envolvem questões constitucionais

e emitindo entendimentos vinculantes para o poder judiciário e a administração pública por meio de súmulas (CF/88, artigos 102, 103 e 103-A).

Não obstante haja dificuldades práticas decorrentes da modificação de um entendimento já consolidado pelo tribunal, essa é uma solução viável e a que se mostra como saída mais próxima para resolver a crise instalada pela própria corte. Por meio dela, o STF reverteria o processo de autarquização das empresas estatais de serviços públicos a que deu início. O abandono da jurisprudência induziria à superação da crise no modelo jurídico da empresa estatal. A história do STF conhece muitos casos em que a sua jurisprudência foi revertida com o objetivo de aprimorar o tratamento da matéria, numa evolução de posicionamento que o tribunal entendeu necessária.

Para que essa saída seja viável, é essencial que o STF seja convencido de sua necessidade. Para tanto, podem colaborar futuros problemas que deverão ser apreciados pela corte, que deverão surgir como decorrências da própria jurisprudência que concebeu. A lógica da autarquização das empresas estatais de serviços públicos encampada pela jurisprudência da corte deverá ter como consequência, de um lado, o enfrentamento de questões surgidas dos privilégios já concedidos, e, de outro, a busca, pelas estatais, de novos privilégios, a partir da extensão de prerrogativas do Estado.

Nessa primeira ordem de tais problemas, surgirão questões sobre como aplicar as regras dos privilégios que o STF afirmou para empresas estatais de serviços públicos. Em relação à impenhorabilidade de bens, como proceder à execução “nos termos do artigo 100 da Constituição Federal” em relação às empresas estatais que não integram o orçamento das pessoas de direito público que as controlam, ou seja, que são empresas estatais não dependentes? Devem ser emitidos precatórios para os pagamentos devidos por essas empresas estatais? Os pagamentos devem observar uma

ordem cronológica? Devem ser diferenciados os débitos de natureza alimentícia de outros? Aplicam-se as regras de parcelamento recentemente introduzidas na Constituição por meio da Emenda Constitucional 62/2009? Quanto à imunidade tributária recíproca, a regra de proteção das estatais de serviços públicos à incidência de impostos permanecerá mesmo quando elas explorarem atividades econômicas em concorrência com a iniciativa privada?

Na segunda ordem de tais problemas, deverão ser pleiteados privilégios processuais, resultantes da extensão das prerrogativas processuais da Fazenda Pública para as empresas estatais de serviços públicos. Encontram-se dentre tais normas as que garantem prazos maiores para a realização de atos processuais e as que fixam duplo grau obrigatório de jurisdição contra sentenças contrárias. Dentro da mesma lógica de autarquia, podem ser pleiteados pelas estatais direitos ligados ao uso das regras de execução fiscal, que também são próprias das pessoas de direito público. Há muitas possibilidades de intensificação do processo de autarquia, que conduziria a uma aproximação crescente dos regimes jurídicos das empresas estatais e das autarquias, o que levaria, no limite, à identificação plena entre as duas figuras administrativas e a perda completa de sentido de sua diferenciação.

Esses conjuntos de problemas podem ajudar a sensibilizar a corte para uma possível reversão da jurisprudência que afirma privilégios para as empresas estatais. Mas além deles, é essencial, numa tarefa de convencimento do tribunal, que sejam apresentadas as consequências negativas que essa jurisprudência traz para a organização administrativa e para a própria prestação de serviços públicos pelo Estado. Para a adoção dessa alternativa, a corte deve ser convencida de que a crise no modelo jurídico da empresa estatal pode trazer repercussões negativas para o Estado e para a sociedade, porque só o próprio STF pode rever-

ter a sua jurisprudência.

A *segunda alternativa* é a de o STF paralisar o movimento atual de expansão dos privilégios da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária recíproca para outras empresas estatais de serviços públicos por meio da jurisprudência, sua e de outros tribunais, assim como deixar de afirmar outros privilégios que venham a ser pleiteados pelas estatais. Esse caminho não reverteria o atual processo de autarquização das estatais de serviços públicos iniciado pelo próprio tribunal, mas teria a virtude de evitar que ele se alastrasse por outras empresas estatais que ainda não acessaram o regime de privilégios, como a atual tendência expansionista manifestada pela jurisprudência do STF indica que irá acontecer. Não seria, assim, resolvida a crise instalada no modelo jurídico da empresa estatal, mas ao menos seriam impedidos os seus efeitos mais alarmantes. Para a adoção dessa alternativa que, assim como a primeira, só cabe ao STF, é preciso convencer a corte das dificuldades que a sua jurisprudência causa à organização administrativa, com possíveis impactos negativos na prestação de serviços públicos pelo Estado para a sociedade.

A *terceira alternativa* consiste na edição de novas normas legais e constitucionais contrárias à jurisprudência do STF, que afastem os privilégios das empresas estatais e compatibilizem o uso do formato empresarial pelo Estado com as necessidades decorrentes do regime peculiar de prestação dos serviços públicos. Tais normas surgiriam no bojo de um movimento encampado pelos poderes executivo e legislativo, que procuraria alternativas contrárias à jurisprudência afirmativa de privilégios das empresas estatais de serviços públicos. O intuito das normas seria o de garantir que os serviços públicos sejam protegidos de interferências que os prejudiquem sem que essa proteção se transforme num privilégio para as empresas estatais que os prestem. Como tais normas, legais ou mesmo constitucionais, fica-

riam sujeitas à apreciação do STF, seria necessário convencer a corte da constitucionalidade dessa solução legislada, assim como da sua conveniência para uma melhor organização administrativa e para o aprimoramento da prestação de serviços públicos pelo Estado.

Em relação ao privilégio da impenhorabilidade de bens, há problemas de satisfação dos credores das empresas estatais, que ficam sem meios de promover uma execução judicial no regime jurídico comum e mesmo sem ter como recorrer ao sistema constitucional de execução contra a Fazenda Pública. Também é possível levantar a hipótese de que existam prejuízos para as próprias empresas estatais privilegiadas, que podem vir a ter dificuldade de obter financiamentos e empréstimos em razão da indisponibilidade de seu patrimônio. Além disso, também é plausível imaginar que a prestação de serviços à estatal, por terceiros, tenha seus preços elevados por ela ter direito à impenhorabilidade de seus bens.

Tais problemas poderiam ser resolvidos com a proposta, feita pelo Anteprojeto de Lei para Reforma da Organização Administrativa Brasileira (Aplorg), de determinar que, nas execuções e no cumprimento de sentenças contra as empresas estatais, a penhora ocorra na forma do artigo 678 do Código de Processo Civil, vedada a penhora sobre a renda em montante que inviabilize a continuidade das atividades em execução e a penhora que atinja os bens insubstituíveis e comprovadamente indispensáveis à execução material da atividade pública, sendo possível que sobre esses bens seja instituído usufruto em favor do exequente, na forma dos artigos 716 e seguintes do Código de Processo Civil, garantido à executada o direito ao arrendamento compulsório, com condições fixadas pelo juiz e depósito mensal em juízo do valor respectivo (Aplorg, art. 25 e parágrafo único). Deste modo é possível obrigar que as empresas estatais realizem os pagamentos de seus débitos com seu próprio patrimônio, e ao

mesmo tempo, assegurar a continuidade de suas atividades. Trata-se de uma proposta que incentiva a autonomia da empresa perante a administração direta ao obrigá-la a satisfazer seus débitos perante terceiros.

Uma outra solução, que tenderia a resolver os problemas apontados quanto ao privilégio da impenhorabilidade de bens, seria a criação de normas legais que fixassem critérios claros de afetação dos bens das empresas aos serviços públicos por elas desempenhados. A jurisprudência do STF adota um critério muito amplo de afetação dos bens das estatais aos serviços públicos que a elas são acometidos, o que faz com que a proteção da impenhorabilidade de bens acabe por resguardar todo o patrimônio de tais empresas. Uma atitude legislativa contrária, que partisse para a definição de critérios de afetação dos bens ao serviço público, poderia evitar a concessão do privilégio e propiciar maior segurança à própria prestação do serviço público. Tal medida prestigiaria de fato o serviço público – e não as empresas estatais prestadoras, como vem fazendo a jurisprudência do STF – e forneceria importantes balizas decisórias para o poder judiciário e o próprio STF. A fixação de critérios para situações de afetação de bens de empresas prestadoras aos serviços públicos seria medida que colaboraria para que o poder judiciário como um todo satisfizesse os interesses creditícios de terceiros sem prejudicar a prestação de serviços públicos.

Quanto ao privilégio da imunidade tributária recíproca, há três problemas principais. O primeiro diz respeito aos efeitos da ausência de tributação sobre empresas que geram riqueza. A tributação surge para satisfazer a demanda por recursos de entidades estatais que não geram riqueza. Esse é o sentido da tributação, que está refletido no § 3º do artigo 150 da Constituição, que exclui da proteção da imunidade recíproca as entidades estatais que geram riqueza com a exploração de atividades econômicas ou com a prestação de ser-

viços públicos econômicos. As empresas estatais são centros econômicos do Estado, que produzem riqueza, mesmo quando prestam serviços públicos tarifados, o que torna sem sentido que possam desfrutar da imunidade tributária recíproca. Sua situação é muito diferente, por exemplo, de um tribunal, que é um órgão estatal que realiza uma atividade pública, mas que não gera riqueza.

Outro problema é o do impacto federativo que essa jurisprudência do STF implica. Quando o privilégio da imunidade tributária recíproca é afirmado para uma empresa estatal, a consequência é a diminuição da arrecadação tributária dos entes federativos que não são seus controladores. Assim, quando um deles decide prestar um serviço público de sua titularidade por meio de empresa estatal, essa opção causa um impacto nas receitas tributárias dos outros entes federativos. Há, dessa forma, um problema federativo na prestação dos serviços públicos por meio de empresa estatal, em que a escolha de um ente prejudica os demais.

Um terceiro problema é o da transferência de custos das empresas estatais privilegiadas. Quando é afirmado o privilégio da imunidade tributária recíproca para uma empresa estatal, os custos que ela teria para arcar com o pagamento dos tributos acaba por ser transferido para os demais entes federativos, que não o seu controlador, e para toda a sociedade. Trata-se de uma consequência imediata da imunidade obtida pela empresa estatal. Para exemplificar, quando é garantido esse privilégio à ECT, os Estados membros ficam impedidos de cobrar o IPVA sobre sua frota de veículos, de modo que os custos de seu pagamento acabam sendo arcados pelo Estado e, indiretamente, pela sociedade.

Tais problemas só poderiam ser resolvidos por meio da criação de novas normas constitucionais, que fixassem uma proibição expressa à fruição da imunidade tributária recíproca pelas empresas estatais. Essa regra já decorre do § 3º do artigo 150 do texto constitucional, quando admite a cobran-

ça de impostos das entidades estatais que explorem atividades econômicas ou que prestam serviços públicos econômicos. Contudo, em razão da jurisprudência do STF que afirma esse privilégio para as estatais de serviços públicos, torna-se necessária a realização de uma reforma constitucional para incluir, no texto do § 3º do artigo 150, a referência expressa às empresas estatais.

Essa terceira alternativa ressalta um importante aspecto de relação institucional entre o STF e os poderes legislativo e executivo. Na medida em que esses poderes iniciem um movimento contrário à jurisprudência consolidada do STF, será necessário mostrar à corte a importância e a necessidade das alterações legislativas e constitucionais propostas. A corte precisará ser convencida de que a solução legislada é compatível com a Constituição e que é conveniente para uma melhor organização administrativa do Estado, com impactos positivos na prestação de serviços públicos pelo Estado. Para tanto, a atitude recomendável não é a de enfrentamento ou de disputa entre os poderes, mas a de um diálogo institucional que propicie uma evolução permanente na disciplina da matéria. Com boas razões, tudo indica que será possível convencer a corte da necessidade de abandono da jurisprudência que causa crise no modelo jurídico da empresa estatal.

A melhoria da qualidade dos serviços públicos oferecidos à sociedade passa pela possibilidade de o Estado escolher o melhor meio para prestá-los, valendo-se de um leque de possibilidades para aplicação em contextos distintos. A opção pela prestação de um serviço público por meio de empresa estatal é uma das possibilidades que o Estado deve ter ao seu alcance, sem prejuízo de outras que se mostrem mais adequadas para a situação concreta. Para tomar essa decisão, própria de formulação de uma política pública, o Estado deve ter a preocupação, sobretudo, com a qualidade dos serviços oferecidos, que depende das melhores escolhas sobre o meio para prestá-lo.

NOTAS

¹ O presente artigo apresenta resultados obtidos na pesquisa que resultou na dissertação de mestrado “Empresa estatal: modelo jurídico em crise?”, defendida em 2010 na PUC/SP, sob orientação de Carlos Ari Vieira Sundfeld.

² Medida Cautelar no Mandado de Segurança 25.888/DF (Decisão monocrática do min. Gilmar Mendes, j. 22/03/2006).

³ Questão de Ordem em Medida Cautelar na Ação Cautelar 1.193/RJ (2ª Turma, rel. min. Gilmar Mendes, j. 09/05/2006). O Recurso Extraordinário 482.161/RJ, cujo efeito suspensivo foi reconhecido pela ação cautelar, acabou por perder o objeto, tendo transitado em julgado em 05/02/2007.

⁴ Sobre a discussão atual envolvendo o dever de licitar nas empresas estatais, cf. Sundfeld e Souza, 2007.

⁵ MODESTO, 2009; págs. 328 e 329.

⁶ Mandado de Segurança 23.627/DF, Impetrantes – Banco do Brasil S/A, Impetrado – Tribunal de Contas da União (Plenário, rel. originário min. Carlos Velloso, rel. para o acórdão min. Nelson Jobim, j. 07/03/2002).

⁷ Mandado de Segurança 23.875/DF, Impetrantes – Banco do Brasil – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A, Impetrado – Tribunal de Contas da União (Plenário, rel. originário min. Carlos Velloso, rel. para o acórdão min. Nelson Jobim, j. 07/03/2002).

⁸ Mandado de Segurança 25.092/DF, Impetrante – Antônio José de Faria Simões, Impetrado – Tribunal de Contas da União (Plenário, rel. min. Carlos Velloso, j. 10/11/2005).

⁹ Mandado de Segurança 25.181/DF, Impetrante – Byron Costa de Queiroz, Impetrado – Tribunal de Contas da União (Plenário, rel. min. Marco Aurélio, j. 10/11/2005).

¹⁰ MODESTO, 2009; págs. 336 a 338.

¹¹ Recurso Extraordinário 220.906/DF, Recorrente – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Recorrido – Ismar José da Costa (rel. min. Maurício Corrêa, Plenário, julgado em 16/11/2000).

¹² Medida cautelar na ação cautelar 1.947/DF, Requerente – ELETRONORTE – Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A, Requerida – Sondotécnica Engenharia de Solos S/A (Decisão monocrática do min. relator Carlos Britto, j. 15/02/2008).

¹³ Recurso Extraordinário 419.875/RO, Recorrente – Empresa de Desenvolvimento Urbano (Emdur), Recorrida Empresa Brasil Central de Engenharia Ltda. (Embrace) (Decisão monocrática do min. rel. Eros Grau, j. 29/10/2008).

¹⁴ Recurso Extraordinário 597.628/AL, Recorrente – União, Recorrida – Companhia Alagoana de Recursos Humanos e Patrimoniais (CARHP) (Decisão monocrática do min. rel. Ricardo Lewandowski, j. 04/05/2009).

¹⁵ RE-AgR 485.000/AL, Agravante – União, Agravado –

Companhia de Abastecimento d’Água e Saneamento do Estado de Alagoas (Casal) (2ª Turma, rel. min^a. Ellen Gracie, j. 12/05/2009).

¹⁶ RE-AgR 433.666/BA, Agravante – Adelaide Maia Souza, Agravada – Empresa Baiana de Desenvolvimento Agrícola S/A (Ebda) (2ª Turma, rel. min. Eros Grau, j. 03/11/2009).

¹⁷ Recurso Extraordinário 407.099/RS, Recorrente – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), Recorrido – município de São Borja (2ª Turma, rel. min. Carlos Velloso, j. 22/06/2004).

¹⁸ AC 1.550/RO, Requerente – Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia (Caerd), Requerido – município de Guajará-Mirim (2ª Turma, rel. min. Gilmar Mendes, j. 06/02/2007).

¹⁹ RE-AgR 363.412/BA, Agravante – município de Salvador, Agravada – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) (2ª Turma, rel. min. Celso de Mello, j. 07/08/2007); RE-AgR 598.322/RJ, Agravante – município do Rio de Janeiro, Agravada – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) (2ª Turma, rel. min. Celso de Mello, j. 23/06/2009).

²⁰ ACO 1.411/AC, Autora – Companhia de Habitação do Acre (Cohab), Ré – União (Decisão monocrática do min. rel. Joaquim Barbosa, j. 02/09/2009).

²¹ Humberto Falcão Martins e Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior, no artigo “Organização governamental – problemas e soluções em perspectiva conceitual e da administração pública brasileira”, destacam a importância, para a gestão pública, da diferenciação de regimes jurídicos entre as diversas entidades estatais (MODESTO, 2009; p. 266, 267 e 275).

²² MODESTO, 2009; p. 326.

²³ MODESTO, 2009; p. 329.

²⁴ Carlos Ari Sundfeld, em seu artigo “Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais”, destaca o compromisso do Aplorg com a construção de uma organização estatal policêntrica (MODESTO, 2009; p. 59, 60 e 63).

REFERÊNCIAS

MODESTO, P. (Coord.) *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum; IBDF, 2009.

SUNDFELD, C. A. V.; SOUZA, R. P. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 245, p. 13-30, 2007.