

EMPRESA ESTATAL DELEGADA DE SERVIÇO PÚBLICO TEM SUPERAVIT OU DÉFICIT (NÃO É DEVEDORA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO)

Empesa estatal delegada de serviço público é pessoa administrativa, integrante da administração direta. Delegada legal para serviços públicos, não é devedora de contribuição social sobre o lucro.

CONSULTA

A consulente, empresa estatal, produtora de serviço público, preencheu “formulário-padrão” da Receita Federal sobre seu movimento financeiro em 1993, como rotina de sua contabilidade, sem consulta aos seus setores jurídicos. Dá-se conta, agora, de que, em virtude disso, aparenta ser devedora da contribuição social sobre o lucro (Lei 7.689/88).

Ora, a consulente não pode ter lucro, razão pela qual a ela não se aplica a referida lei.

Entretanto, a existência do formulário-padrão, preenchido e já entregue à Receita Federal, levará a União a entender-se credora dessa contribuição, com base na lei federal 7.689/88. Em consequência, indaga se o sistema constitucional vigente ampara essa pretensão, e se é possível, juridicamente, aplicar-se-lhe essa lei tributária.

PARECER
PESSOA ADMINISTRATIVA

1. A consulente é pessoa administrativa, E delegada de serviço público. E entidade esta-

tal. Age em nome do Estado, por determinação de lei. A atividade da SANEPAR (Companhia de Saneamento do Paraná) constitui inequívoco serviço público estadual.

1.1. RUY CIRNE LIMA — escrevendo antes do Dec. lei 200 e da “onda” (ou “moda”) de criação de empresas estatais, exercentes de serviço público — cunhou a expressão “pessoa administrativa”, para designar as que, sendo públicas por sua origem, patrimônio e funções, exercem administração. Basta reler atentamente suas lições (“Princípios de direito administrativo”, Ed. R.T., 6ª ed., pág. 62), para ver-se a rigorosa adequação do termo às estatais prestadoras de serviço público. Isto — que vai ficando claro para os nossos melhores administrativistas, que escreveram após a década de 60 — está implícito já nas lições desse notável mestre.

Na medida em que exercem função administrativa todas as pessoas administrativas submetem-se a igual regime, o administrativo, com todas suas restrições, ônus, encargos, limitações, prerrogativas e poderes instrumentais (necessários à plena eficácia da lei que devem cumprir e fazer cumprir e condicionais da proteção ao interesse público cuja promoção é sua função).

1.2. CELSO ANTONIO — no seu magnífico “Curso” — expõe “as peculiaridades do regime das estatais em confronto com as pessoas de direito privado” (Malheiros Editores, 5ª ed., págs. 95 e segs.). E expõe seu regime, discernindo as características das prestadoras

de serviço público diante da exploradoras de atividade econômica.

Nesse precioso livro — que grangeou a admiração e o respeito da nossa doutrina e jurisprudência — cuida minuciosamente do “regime jurídico-administrativo” (cap. I), expondo munuciosamente seu “conteúdo” (págs. 19 e segs.).

1.3. E põe no centro de sua concepção a noção nuclear de *função*. Ensina:

“Existe função quando *alguém* está investido do dever de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance dos sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no *interesse alheio*.

Quem exerce “função administrativa” está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos — e não da pessoa exercente do poder — as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações” (ob. cit. pág. 21).

DO SERVIÇO PÚBLICO

(exercido pelas pessoas administrativas, da Administração direta e indireta)

1.4. O serviço público é regido pelos prin-

cípios que protegem a coisa pública contra todas as agressões, inclusive internas, partidas de seus agentes (RUY CIRNE LIMA); é absolutamente submetido à legalidade (SEABRA FAGUNDES) e, por exigência constitucional, informa-se por regime estrito, inderrogável e especialmente exigente e restrito (CELSE ANTONIO).

Sobre o patrimônio dessas entidades, escreveu LUCIA VALLE FIGUEIREDO:

“Entendemos que, até nesta parte, o texto constitucional incorporou o que a doutrina vinha dizendo ao longo de todos esses anos. Recordamos que o Prof. Geraldo Ataliba, em Congresso, há longo tempo, em Gramado, expôs tese absolutamente inovadora à época, sobre bens públicos. Sustentou o emérito Professor que os bens das empresas estatais tinham de ser considerados bens públicos; que o conceito de bem público deveria ser alargado, pois não seria possível às empresas estatais manipularem enormes verbas públicas e não se submeterem a controles rígidos, e seus bens” (“Direito Administrativo”, Malheiros Editores, 1994, págs. 72/73).

A forma “empresarial” que a lei deu à empresa estatal não descaracteriza a natureza jurídica dos serviços, para cuja realização tenha aquela empresa sido criada. Continuam sendo públicos.

Assinala o notável CAIO TÁCITO:

“As modernas empresas públicas (de que as sociedades de economia mista são um gênero, a se caracterizar, como o próprio nome sugere, pela comunhão de capital público e privado) correspondem a serviços públicos virtuais, explorados por *peessoas jurídicas administrativas*, nas quais a forma é de direito privado, mas o *substrato é público*” (“Direito Administrativo”, edição Saraiva, 1975, pág. 171)

E sublinha:

“A proteção do capital público investido na sociedade estatal justifica, certamente, medidas especiais, que a singularizam da sociedade privada. O juiz desse tratamento de exceção é, no entanto, o legislador e não o interprete” (pág. 174)

1.5. A forma exterior (roupagem) de direito privado (“empresa pública, sociedade de eco-

nomia mista” não altera, nem modifica a natureza da sua atividade essencial (serviço público) desenvolvido por impulsão de lei editada pela pessoa política competente para regular e desempenhar o serviço (art. 21, XII, “b”, C.F.).

Conforta-nos a lição de CAIO TÁCITO:

“Certo é, porém, que em ambos os casos a personalidade jurídica de direito privado é um meio de liberação dos processos burocráticos da administração pública comum. E, em suma, o repúdio aos sistemas tradicionais da administração direta, de forma a propiciar flexibilidade operacional e elidir os processos formais da contabilidade pública”. (pág.172)

Explica o mestre:

“Nascem, por essa forma, novas pessoas jurídicas administrativas, nas quais a forma é privada, mas o *substrato é público*. O Direito Administrativo toma de empréstimo ao Direito Comercial o modelo orgânico das sociedades comerciais, predominantemente o da sociedade por ações, instituindo instrumentos flexíveis de ação administrativa no campo da economia” (Pág. 189)

Ilumina-nos a compressão o autorizado catedrático da UERJ:

“Daí a variedade de estrutura das sociedades de economia mista e das empresas públicas, não somente no plano federal como no estadual e mesmo no municipal. Não obstante a forma societária, *são serviços públicos* da União, Estados ou Municípios, *estruturados segundo a norma própria de direito público*, que pode excepcionalizar a administração da sociedade, seja em sua composição, seja em seu funcionamento” (pág. 190)

E leva-nos CAIO TÁCITO a entender o revestimento privado, cobrindo a essência pública, reiterando enfaticamente:

“Certo é que, em ambos os casos, a *personalidade jurídica de direito privado* tem como objetivo precípuo a liberação dos processos burocráticos de gestão administrativa e financeira. E, em suma, o repúdio aos sistemas de controle da administração direta, de forma a propiciar maior *flexibilidade operacional* e permitir a abstenção dos processos formais da contabilidade pública”. (pág. 190/191)

CELSO ANTONIO aprofunda essas elaborações, para sublinhar o cunho inafastavelmente público dos interesses, funções, finalidades e instrumentos manejados por essas entidades. Leciona:

“Empresas públicas e sociedades de economia mista são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado. O traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em *auxiliares* do Poder Público; logo, são entidades dotadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados. É preciso, pois, atuado precató para não incorrer no equívoco de assumir fetichisticamente sua personalidade de direito privado (como costumava ocorrer no Brasil) e imaginar que, por força dela, seu regime pode ensejar-lhes uma desenvoltura equivalente à dos sujeitos cujo modelo tipológico inspirou-lhes a criação. Deveras, a personalidade de direito privado que a reveste não passa de um expediente técnico cujo préstimo adscrive-se, inevitavelmente, a certos limites, já que não poderia ter o condão de embargar a positividade de certos princípios e norma de direito público cujo arredamento comprometeria objetivos celulares do Estado de Direito.

O traço nuclear das empresas estatais, isto é, das empresas públicas e sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo insculpido em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certo norte para a inteligência destas pessoas. Conseqüentemente, aí está o critério retor para interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente de direito Privado — em essencial, e o *essencial* — seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado — em acidental.” (op. cit., pág. 90)

VOCACÕES DAS ESTATAIS

1.6. Impõe-se preliminar discernimento:

a) Atuando na ordem econômica, por criações legais delegadas suas, o Estado age despedido de suas prerrogativas de supremacia, sujeito às mesmas injunções a que se submete

a iniciativa privada e *sob regime de direito privado* (art. 173). Tudo quando exposto está estabelecido, expressamente, e com lapidar clareza, no Texto da Constituição de 1988, tendo merecido constante e invariável interpretação seja doutrinária, seja jurisprudencial.

b) Todavia, quando exerce *serviço público* — dentro da repartição constitucional de competências — o Poder Público age com as prerrogativas próprias do regime administrativo. Se pode abrir mão de uma ou outra prerrogativa, é certo que não pode igualar-se inteiramente aos privados. A função acompanha-o. Os encargos aderem à atividade e à pessoa criada pelo estado para seu exercício, de modo inafastável. Não há milagre que possa permitir ao próprio legislador sacudir os ombros para afastar os ônus, limitações e sujeições que acompanham o dinheiro público, o patrimônio público, a função pública. CELSO ANTÔNIO arrola didaticamente as sujeições inafastáveis, porque constitucionais. São dezenas (v. “Curso de direito administrativo”, Malheiros editores, 5ª ed., págs. 95 a 97). Inúmeras outras há, esparsas no texto constitucional, expressas ou implícitas. Na maioria necessárias decorrências do princípio republicano ou implicações das exigências do Estado de direito. Elas acompanham a coisa pública, onde quer que ela esteja, ou vá, ou se manifeste, de modo inexorável, falta, inevitável e inafastável.

A notável LUCIA VALLE FIGUEIREDO — cuidando do tema das entidades descentralizadas — expõe:

“De conseguinte, a prestação de serviço público é uma das atividades precípua do Estado, que a realiza por meio da função administrativa. Assim sendo, parece-nos inexistir qualquer dúvida quanto à possibilidade da constituição de entidades descentralizadas que, gozando, no todo ou em parte, das prerrogativas do regime jurídico de Direito Público, sejam formadas com o fito de explorar serviço público” (op. cit., pág. 70)

1.7. Entre as “CONCLUSÕES SINTÉTICAS” a que aportamos em não recente estudo sobre o tema deste parecer, dissemos:

1. Por imperativo constitucional, as empresas estatais devem ser classificadas em (a)

prestadoras de serviço público e (b) exploradoras de atividade econômica.

2. Assim, uma empresa estatal submete-se ou ao art. 175 ou ao art. 173 da CF.

3. O regime de cada categoria é diverso, substancial e formalmente. Os valores constitucionais protegidos são a livre iniciativa (art. 173), num caso, e serviço público (art. 175), noutro caso.

4. A interpretação da legislação aplicável obedecerá, em cada caso, às indicações estimativas implicadas por essa dicotomia.

5. O art. 173 da CF deve ser interpretado em harmonia estrita com todos os preceitos constitucionais — lembrados por Celso Antônio — que sublinham o cunho híbrido mesmo das exploradoras de atividade econômica.

6. As estatais que desempenham serviço público têm regime protetor do serviço, bens e dinheiros públicos postos a seu cuidado.

7. As prestadoras de serviço público são pessoas administrativas e, como tais, submetidas a regime de proteção dos interesses públicos que titularizam, o que implica cerceamentos, importantes derrogações à Lei de S/A e prerrogativas pertinentes ao interesse público.

8. As estatais, criaturas da entidade política titular do serviço público que exercem, jamais podem ser tratadas como concessionárias, são delegadas de serviço público, com todas as decorrências da delegação.

9. Sociedades designadas mistas, em que o capital privado seja insignificante ou só simbólico, são verdadeiras empresas públicas e como tais devem ser tratadas (conforme lição de CELSO ANTONIO, no seu magistral “Curso”, 6ª ed., págs. 94 e 95).

10. A legislação precisa ser adaptada a esses parâmetros constitucionais; a doutrina precisa penetrar mais fundo nessas implicações, abandonar o apego ao infeliz Dec. lei 200 e deixar todo conservadorismo agravador das perplexidades, que se refletem numa jurisprudência precária e infirme.

1.8. O problema suscitado pela consulta só robustece nossa convicção.

Tratando da sociedade mista, conceitualmente, ensina nossa melhor doutrina:

“Com efeito, os sujeitos que nascem do

sopro estatal, seja quando instaurados com personalidade de direito público, seja quando criados com personalidade de direito privado, têm como traço essencial, como marca que os distingue de quaisquer outros, como signo que lhes preside a existência e comanda a inteligência de suas naturezas, o fato de serem *criaturas instrumentais do Estado* são seres que gravitam na órbita pública. Estão, tanto como o próprio Estado, *atrelados à realização de interesse do todo social* e os recursos que os embasam são, no todo ou em sua parte majoritária, *originários de fonte pública*. Tais criaturas existem para que o Estado, por seu intermédio, conduza de modo satisfatório assuntos que dizem respeito a toda a coletividade” (CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o regime de direito público”, in RDP, vol. 97, pág. 30)

UM EXEMPLO DIDÁTICO

1.9. Usando o correio como exemplo, escrevemos (RDP 92/87), há um lustro:

O EXEMPLO DO SERVIÇO DE CORREIOS

Mais clara fica essa ordem de idéias, se se considerar o exemplo tão característico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. O serviço de correio sempre foi definido, pelo próprio texto da Constituição Federal, como serviço público. Exercido pela administração direta (um departamento do Ministério de Viação), num determinado momento decidiu o legislador que deveria ser desempenhado com mais desenvoltura e agilidade, dotado da versatilidade típica das empresas privadas. Verificando que o regime da administração direta era obstáculo à modernização e melhoria dos serviços do correio, resolveu o legislador atribuir-lhe regras de funcionamento e relações com terceiros — fornecedores e usuários — e mesmo de relacionamento com o Estado, que não entorpecessem a desejada agilidade no seu desempenho. Daí a idéia da

adoção do regime jurídico da empresa privada, o que se fez com extinção do Departamento de Correios, da administração direta, e (delegando-se suas atribuições) a criação da empresa pública de correios.

É verdade que — ainda demonstrando a superficialidade das análises, a falta de meditação e vício de apressar conclusões — se argüi que o próprio legislador menciona o “monopólio” do correio, quando, evidentemente, monopólio é expressão que só se aplica aos casos em que o Estado decide exercer atividade típica e característica dos particulares, afastando-os, por força de lei, do exercício dessa mesma atividade (art. 163, C.F., 1967/69).

Ora, não tem cabimento mencionar-se a expressão monopólio, nos casos de serviço público, já que se refere a realidades jurídicas excludentes uma da outra. Por definição, o serviço público pertence ao poder público (art. 175 da Constituição de 1988) e jamais poderia estar insito na esfera de atividades dos particulares. Daí a imprópria e absurda invocação da expressão monopólio, para explicar os correios. Se é serviço público (*ex vi da Constituição*), é prvativo do estado. Só seria aceitável tal afirmação, se se dissesse que todo serviço público é monopólio. Ora, fazê-lo seria retirar da palavra o seu significado específico: ação do estado fora de seu campo; ação do estado, com exclusividade — excluindo os privados, com a força da lei — em área de exploração de atividades econômica.

Pois bem, a atribuição ao serviço público de correios (entregues à nova criatura legal Empresa de Correios) do regime de direito privado, tornando-o mais ágil e expedito, não poderia ter por efeito (como não teve) descaracterizar essa atividade; era serviço público e continua serviço público. Nenhuma decisão infra constitucional pode modificar a Constituição. O legislador jamais poderia alterar a qualificação que a Constituição atribui a uma atividade. Daí que continua sendo serviço público, embora desempenhado sob a *forma*, por processos, meios e instrumentos de direito privado. Evidentemente, como a E.C.T. não compete com os privados, não está sujeita às

limitações do art. 173, da C.F. E os particulares não competem, nem podem competir com a E.C.T., porque essa atividade (correio) é serviço público e o direito dos particulares (art. 173) é só o de explorar atividade econômica, que é o oposto e contrário de desempenhar serviço público.

Todos os raciocínios que desenvolvemos a respeito da SABESP — Companhia Estadual de Saneamento Básico — neste estudo, poderemos fazer relativamente ao Correio. Não há aí aplicação do instituto da concessão de serviço público. A Empresa Brasileira de Correios não é concessionária de serviço público. Não houve ato de concessão; não houve licitação (nem era exigível), não houve vontade do Correio de contratar com a União, nem cabe indagar sua vontade de funcionar, mas simplesmente o dever de obedecer à lei. A União, pelo Congresso Nacional, a qualquer instante, pode fazer lei extinguindo a empresa de correios, o que mostra, à toda evidência, a impossibilidade jurídica, mesmo teórica, da existência de uma “vontade” da Empresa de Correios, que pudesse ser independente da vontade do Estado (expressa na lei), e que, portanto, pudesse servir de ponto substancial de apoio para uma relação contratual, inserida dentro do instituto da licitação (v. CELSO ANTONIO, “Curso...”, 6ª ed., págs. 94 e 95).

Houve simplesmente delegação legal à E.C.T. para produzir um serviço público. Por todas essas razões, é lícito afirmar que nem sempre o exercício da atividade de serviço público por uma entidade, que não seja o próprio titular, configura concessão. O caso do correio é — como o da SABESP — nítido caso de delegação por lei. Os raciocínios a esse respeito são bastante claros.

Como conclusão desta já longa meditação, pensamos poder afirmar que os preconceitos — decorrentes de estudos apressados — em torno da concessão têm levado a doutrina, a legislação e a jurisprudência a indiscernir casos de verdadeira concessão, de casos de delegação.

Há delegação (o que só cabe por decisão legislativa) quando a pessoa política (União, Estado ou Município) cria uma entidade sob forma de empresa (pública ou mista) e a in-

cumbe de prestar um serviço público. E, assim, delegada, a empresa estatal que (na forma da lei) exerce serviço público próprio da entidade política cuja lei a criou.

Há, sim, concessão (com inafastável conteúdo contratual — no contexto de um auto-união, segundo OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO) — quando pessoa privada recebe (mediante licitação) o encargo de prestar serviço público, em troca de remuneração. Há concessão a empresa estatal, quando esta seja criatura (necessariamente legal) de pessoa política não titular do serviço desempenhado. (Aí não há delegação, inclusive porque esta é revogável).”

1.10. Nossa experiência legislativa não desconhece empresas públicas ou sociedades mistas que desempenham delegação de serviço público: a) federal: ECT, TELEBRÁS, INFRAERO, TASA; b) estadual: CETESB, SABESP, SANEPAR, COMAG; c) municipal: EMURB, COMLURB etc.

A elas aplicam-se os raciocínios formulados relativamente ao correio.

2. Como pessoa administrativa, não tem lucro. Não pode ter lucro. Seus resultados serão qualificados, se positivos, *superavit*; se negativos *deficits*.

3. Dado que a uma pessoa legal integrante da administração indireta do Estado, exercente de serviço público — na qualidade de delegada legal — não se adequam às noções de lucro ou prejuízo, não pode configurar-se, nem em tese, fato imponible dessas noções dependente.

Daí a impossibilidade de surgimento de obrigação tributária tendo esse fato *Superavit*) como determinante do seu nascimento.

4. Disso decorre a nulidade do lançamento e conseqüentes atos e respectivos documentos, inclusive certidão de inscrição de dívida, inviabilizando, por falta de suporte jurídico, a pretensão fiscal.

MÉRITO DA QUESTÃO

Examinando-se as normas integrantes do regime jurídico da SANEPAR, demonstrar-se-á:

a) não tem, nem pode ter, *lucro*;
b) por isso não poderá ser devedora da contribuição social “sobre o lucro”;

c) excedente contábil eventualmente surgido no desempenho da atividade de prestação de serviço público (*superavit*) não se confunde com o alcançado pela atividade econômica capitalista (*lucro*);

d) o *superavit* é acidental em relação à atividade de prestação de serviço (que tem por único fim a satisfação do interesse público, definido por lei); toda receita, inclusive qualquer eventual excedente de pessoa administrativa, é meramente instrumental;

e) o lucro é objetivo final da empresa capitalista, que não é o caso:

f) confundir *superavit* com lucro é afrontar as diretrizes e princípios constitucionais e legais informadores do nosso direito positivo

A SENEPAR NGO TEM LUCRO — NÃO PODE SER COMPELIDA A PAGAR CONTRIBUIÇÃO SOBRE O LUCRO

Assim cabe resumir as primeiras premissas deste estudo:

— Empresas estatais prestadoras — em oposição a exploradoras de atividade econômica — são pessoas administrativas.

— Lucro é objetivo da empresa privada, protegido constitucionalmente. — Resultado financeiro eventualmente positivo, de pessoa administrativa, é qualificado juridicamente (normativamente), como “*superavit*” — É vedado às pessoas administrativas perseguirem excedente financeiro.

— É juridicamente impossível incidir tributo sobre eventuais “*superavits*” apurados por pessoa administrativa.

I. — Excedente contábil

I.1 — Sua significação nas atividades pública e privada

a) Considerações gerais

O excedente contábil ocorrido no desempenho de atividade pública não se confunde com o excedente contábil alcançado no desempenho de atividade econômica capitalista, desenvolvida, via de regra, pelos privados e, excepcionalmente, por entidades estatais, à queelas igualadas *ex vi* do art. 173 da Constituição.

O primeiro, que o Direito denomina “*supe-*

ravit”, decorre de vontade legal, é concebido no plano normativo, e tem caráter instrumental; não é, portanto, fim da atividade de prestação de serviço (ou produção de utilidade pública). A atividade de prestação de serviço público é o próprio fim da pessoa que o titula, tudo conforme concebido no plano normativo. O *superavit* é instrumento em relação à atividade, que é fim.

O excedente contábil das pessoas privadas, denominado “*lucro*” é o fim em relação à atividade, que é instrumento. Em suma, o fim das entidades estatais é produzir serviço público, sendo o eventual “*superavit*” secundário e acidental. Já as entidades privadas são criadas e administradas com o fim último e principal de obter lucro.

b) Lucro

Lucro é saldo contábil positivo ocorrido no mundo fenomênico; resultado de comportamentos voluntários; é objetivo idealizado, perseguido e realizado no plano dos fatos; o comportamento humano de idealizá-lo e realizá-lo guarda com o ordenamento jurídico uma relação de *não-contradição*. E não só previsto, como desejado pela Constituição e pelas leis (cf. art. 170, C.F. 1988).

O sistema jurídico do estado capitalista qualifica, disciplina e limita essa realidade do mundo do ser (idealização, perseguição e realização do lucro), tomando-a como objeto que se articula com a norma (elemento do sistema jurídico) a partir de uma relação de *não-contradição*. Consoante com o princípio básico informador do direito privado: a autonomia da vontade.

O lucro, portanto — enquanto objeto idealizado, perseguido e realizado no mundo do ser — é objeto de norma jurídica permissiva do direito positivo do sistema capitalista. É coisa não só lícita, mas favorecida e desejada pelo sistema. E aberto — com total preferência — aos privados (art. 70, C.F.) Esse fim é vedado ao Estado; o único meio normal do Estado ter receitas é tributar, segundo as pautas constitucionais.

b) Superavit

Outra espécie de saldo contábil positivo, distingue-se — dela se afastando — da noção

do lucro tal como acima concebida. Reside, esta outra, no universo do direito público.

Tal saldo positivo (superavit) não é perseguido pela vontade do agente público que o produz. Sua atividade decorrerá de submissão à vontade da lei (relação de administração), procurando atingir os objetivos nela fixados (estrita legalidade), lançando mão dos instrumentos que ela autoriza ou prescreve (já que se trata de *atividade administrativa pública*, por excelência, legal).

Esta espécie de saldo positivo — superavit — idealizada no *plano normativo*, poderá ocorrer no plano fenomênico se, e somente se, a norma assim houver previsto ou autorizado; em relação de submissão, portanto. Nesta hipótese, realiza-se no mundo do ser, de duas uma: ou (a) a partir de relação de submissão em relação à norma, ou (b) acidentalmente.

d) Relação de administração

Esse *agir sob relação de submissão* à vontade normativa configura a noção de *dever* (retomaremos essa noção adiante, à luz da insuperável lição de RUY CIRNE LIMA).

O dever de alcançar finalidades adrede estabelecidas, pela vontade da lei, em benefício de terceiros, utilizando-se de instrumentos (poderes) especificamente conferidos — tudo a partir da norma e em relação de submissão a ela — configura a noção de *função* (dá-se “quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades, em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las”, CELSO ANTONIO, “Curso de Direito Administrativo”, 4ª ed., pág. 21).

A fixação, pela norma legal, de competência (meios) e de objetivos (fins) caracteriza a função. Quando os fins são públicos — quando as atribuições são voltadas à satisfação de necessidades públicas — a função é administrativa.

A classificação das funções pode ser feita agrupando-se a partir da identidade de finalidades. As funções, na busca do interesse público, caracterizam-se como funções administrativas, submetidas a regime de direito público. Nesta hipótese, as entidades são vocacionadas a perseguir fins legalmente estabeleci-

dos, para satisfação do interesse público (cumprimento da lei, realizando objetivos coletivos, interesses públicos primários — RENATO ALESSI).

Há muito tempo foi banido, na ordenação positiva do mundo civilizado a noção de lucro como *fim* da atividade administrativa, como objeto a ser perseguido pela função administrativa, como categoria elevada à condição de interesse público a ser perseguido pelo Estado.

No plano normativo — jurídico positivo — o lucro é sempre tomado como objeto do plano do ser: objetivo perseguido pelos homens; resultado de seu comportamento; valor orientador das pessoas privadas, enquanto tais. Daí os princípios da livre iniciativa, livre empresa etc., no Brasil voltados para os privados (artigos 170 e 173, C.F.), jamais para o poder público, representado pelas pessoas políticas ou pelas meramente administrativas, na categorização de CIRNE LIMA, tais como autarquias, fundações estatais, empresas estatais delegadas de serviço público etc.

E como tal (objeto do plano do ser), o lucro é disciplinado pelo direito positivo. As garantias e limitações básicas a ele relacionadas encontram-se na Constituição Federal (artigo 5ª, XIII, XXII e XXIII, 43, parágrafo 2º, II, 164, parágrafo 2º, 170 e segts., e 192, parágrafo 3º).

O excedente contábil (superavit), como eventual resultado secundário da atividade administrativa é, assim, mero fato, jamais admitido como precípua finalidade de qualquer ente administrativo (pessoas políticas e entidades de sua administração indireta).

Segundo a concepção de estado constitucional de direito, é inútil procurar o lucro como causa (como princípio que influi positivamente na formação) do ato administrativo, da função administrativa. Na atividade privada capitalista, no entanto, explende o lucro como causa, como princípio informador seu (da atividade), como sua razão de existir. Isto é, aliás, expresso desígnio constitucional, no Brasil.

E, como elemento do mundo de ser, como efeito de causas (na expressão aristotélico tomista), o lucro é *objeto* de disciplina pelo

sistema normativo. Não é produto do sistema normativo. O lucro, como finalidade estrita dos privados, é não só pressuposto, como protegido pela Constituição e pelas leis.

Pelo contrário, o excedente financeiro (superavit) das pessoas administrativas é eventual decorrência do sistema normativo. É instrumento para satisfação de finalidade normativamente estabelecida. É meio utilizado eventualmente (quando a lei o determinar) para a obtenção de finalidade, satisfação de atribuição pública (qualificada por lei). A lei de elaboração orçamentária (nº 4.320/64), refere-se a “superavit” e seu respectivo antônimo, o “déficit”, em diversas passagens (art. 7º, parágrafo 1º, II, parágrafos 2º e 3º). Esses termos são corriqueiros (e necessários, e próprios) na legislação, na literatura e na jurisprudência concernente à atividade financeira pública.

A atividade voltada à satisfação do interesse público é a própria finalidade, é a razão de ser da função administrativa, que pode (se e quando a lei assim o autorizar) utilizar-se instrumentalmente do “superavit” (dos excedentes contábeis).

Para a pessoa privada capitalista, a atividade empresarial é instrumental, é veículo de satisfação da finalidade própria do agente privado capitalista, que é o lucro. Daí porque não ser repugnante a exploração (quando o sistema normativo assim o permite) de atividade de produção de utilidade pública por agentes privados capitalistas, visando, portanto, o lucro (é o que ocorre nas concessões de serviço público).

Mesmo aos olhos do não juristas, fere o senso comum e a lógica considerar-se o resultado positivo, quantificado monetariamente, de empresa estatal — formada por patrimônio público afetado a serviço público — como lucro. É que o rendimento da coisa pública não é “mais valia” de agente privado capitalista.

Daí a noção de vinculação entre o empreendedor privado capitalista e a figura do contribuinte (como sujeito passivo de obrigação tributária de imposto). É que o lucro, como resultado do empreendimento capitalista, é apanhado, pelo direito, como significativo de ca-

pacidade contributiva, autorizante da instituição de tributo sobre ele. É neste sentido que OTÁVIO GOUVEIA DE BULHÕES refere-se ao contribuinte como a própria pessoa física (indivíduo privado) titular dos empreendimentos capitalistas que perseguem e realizam o lucro, desconsiderando-se os veículos que se entremeiam, separando a atividade tributária do titular final do lucro; desenvolve considerações relevantes:

“O imposto quando incide sobre a renda dos indivíduos, revela-se um tributo indiscutivelmente direto e pessoal. Não há transferência. A exigência tributária aproxima-se da capacidade de contribuição de cada um” (“Dois conceitos de lucro”, Rio de Janeiro, APEC, 1969, p. 114)

MARCELO CAETANO mostra a função de superavit das entidades prestadoras de serviço público:

“... é aconselhável e até indispensável que nos serviços econômicos (aqueles que se propõem satisfazer necessidades coletivas produzindo bens materiais, facilitando a circulação das pessoas, das coisas ou das idéias, ou fornecendo bens para consumo, segundo esse mesmo autor) se vendam as prestações por preços acima dos custos a fim de permitir o autofinanciamento destinado à renovação e ampliação do estabelecimento, interessar o pessoal na eficiência do trabalho e constituir reservas na previsão de tempos difíceis.” (g.n.) (ob. cit., p. 283/284)

Essas judiciosas e jurídicas afirmações foram secundadas por SEABRA FAGUNDES, CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, ADILSON DALLARI, LÍCIA VALLE FIGUEIREDO e o Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, em fecundo debate, realizado em Curitiba, em seminário realizado pelo IDEPE, em 1990 (ver RDT, vol. 98, pág. 161 e segts., especialmente pág. 174).

Entre as conclusões do seminário ficou assente que o meio constitucionalmente previsto para o estado prover-se de recursos é a tributação. Suas demais atividades devem ser preocupadas só com a “produção da utilidade pública” (para usar expressão tão cara a CIRNE LIMA), sendo eventuais saldos financeiros positivos considerados superavits, aplicá-

veis na própria atividade (ou sua melhoria ou sua expansão), ou segundo a Constituição e as leis dispuserem, conforme o caso.

EROS ROBERTO GRAU, reportando-se às lições de FRANCESCO GALGANO, também se manifesta no sentido de que o Estado não visa fins lucrativos, quando presta serviços públicos:

“... a distinção entre o que é ‘econômico’ e o que não é ‘econômico’ não reside em uma intrínseca e imutável ‘natureza das coisas’. Para este autor — cuja colocação adoto — tal distinção é historicamente determinada, surgindo, no sistema capitalista, como construída sobre a lógica do momento histórico, a classe capitalista considerar matéria de especulação lucrativa, reivindicando como área da economia alcançada pela reserva de preferência de sua organização e exploração pelas empresas privadas. Adotada tal concepção, concluiremos de outra parte, que o campo que não é ‘econômico’ há de corresponder ao do *serviços públicos*. Por isso que, para Galgano, sendo a distinção do que é e do que não é econômico uma vicissitude das relações sociais, à medida que se modifica a relação de forças entre capital e trabalho, se amplia ou reduz a área da *iniciativa econômica* e, correspondentemente, a dos *serviços públicos* — ou ‘serviços sociais’, na dicção do autor referido.” (g.n.) (in *Elementos de Direito Econômico*, RT, 1981, p. 97)

Sublinhando a ausência de interesse lucrativo por parte do Estado, FÁBIO KONDER COMPARATO adere à tese de que o poder público não tem e não pode ter fito de lucro nas suas atividades:

“Não compete ao Estado perseguir, por meio de companhias por ele controladas, objetivos lucrativos de índole nitidamente privatista, em concorrência com os particulares. Não é esta, às claras, uma forma aceitável de obtenção de ingressos públicos.” (in *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, RT, 1977, p. 289)

E enfatiza:

“O dilema que se apresenta ao Estado, enquanto acionista controlador, é pois o de perseguir o interesse público antes e acima da

exploração lucrativa ...” (g.n.) (apud Eros Roberto Grau, RDM 55, p. 48)

MODESTO CARVALHOSA, analisando o artigo 2º da Lei das Sociedades por Ações, asseve:

“Em consequência, as companhias estatais visam ao interesse público, ao passo que as sociedades anônimas privadas, através dos mesmos meios empresariais, objetivam a maximização de lucros, num regime de livre concorrência.” (g.n.) (in *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Saraiva, 1977, p. 14)

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO escreve:

“... serviço público não existe para dar lucro. ... é evidente que, em matéria de serviço público, não tem sentido nenhum a preocupação lucrativa.” (g.n.) (p. 178)

Dá a flagrante e visceral incompatibilidade entre a prestação de serviços públicos pelo Estado — ou seus entes da administração indireta — e a noção de *lucro*, sendo os seus eventuais excedentes financeiros com ele (*lucro*) inconfundíveis. O resultado financeiro da atividade produtora de bens ou serviços públicos, por pessoas administrativas, traduzidos em “déficit” ou “superavit”, *jamaiz poderá ser confundido pelo jurista com lucro* (ou prejuízo), próprio da atividade privada.

O Professor EROS GRAU sustentou a mesma tese:

“(iii) exploração de atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviço público estão sujeitas a distintos regimes jurídicos (artigos 173 e 175 da Constituição de 1988);

(vi) as empresas estatais prestadoras de serviço público são *delegadas* e não *concessionárias* de serviço público;

(viii) do exame do artigo 175 da Constituição de 1988 apura-se que a concessão, tal qual a permissão, na medida em que assegurado ao concessionário o equilíbrio econômico-financeiro da relação — o que deflui do inciso III do seu parágrafo único — é exercida, pelas pessoas privadas concessionárias, tendo em vista a realização de *lucro*; já as empresas estatais, por outro lado, não visam, no exercício da atividade de prestação de serviços públicos, a obtenção de *lucros*, mas sim a

satisfação do *interesse público*; são situações jurídicas inteiramente distintas pois, a do concessionário de serviço público e a da empresa estatal que tenha por objeto a sua prestação; estas são *delegadas do Estado*, criadas no bojo do movimento de descentralização administrativa, para fim específico; é o próprio Estado, então, quem através de uma sua extensão, dotada de personalidade jurídica privada, presta os serviços.” (g.n.)

“Daí porque sustento que o princípio da economicidade *impõe* à Administração a busca da *máxima eficácia social* na implementação das políticas públicas a seu cargo e *não a geração de lucro*.”

Em suma, tudo concluindo, tenho como inquestionável o fato de que tanto as empresas estatais prestadoras de serviço público, quanto — é óbvio — quaisquer outras entidades, da Administração, que prestem serviço público, *não perseguem lucro*.

Todas essas entidades — inclusive, insisto, as empresas estatais prestadoras de serviço público — alcançam, em seus balanços, *resultados*, eventualmente *superavits* (se isso ocorrer, acaso). *Resultados*, porém, que não se podem identificar com o *lucro* (perseguido pelas entidades, do setor privado e mesmo da Administração, que empreendam *atividade econômica em sentido estrito*).

Mais do que isso, impede afirmarmos, enfaticamente, que a busca de *lucro* é incompatível com a própria *função* das entidades, da Administração, prestadoras de serviços públicos. Ela estão constitucionalmente vinculadas à busca da *máxima eficácia social* no exercício de suas funções. Logo, ainda que *produzam saldos positivos de balanço*, *esses saldos positivos não configuram juridicamente, lucro*.” (Seminário realizado pelo IDEPE — Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial, sobre questões relativas às finanças das empresas estatais, in RDT 63).

No mesmo seminário sobre empresas estatais, AIRES BARRETO sustentou:

“Em suma, a doutrina refere sempre e só o termo ‘superavit’, por entender corretamente, que *peçoas administrativas não podem auferir lucro*.”

No campo legislativo, não difere esse pano-

rama. Desde a vetusta lei de organização dos orçamentos (lei 4.320/64), a referência é sempre e só a *déficit* ou a *superavit* (cf. art. 7º parágrafo 1º e parágrafos 2º e 3º do art. 11), a deixar patenteada a incompatibilidade de pessoa administrativa auferir lucro.

Não há, efetivamente, autorização para as pessoas administrativas auferirem lucro. Pelo contrário, há vedação. E essa vedação tem radicação constitucional.

A Carta de 67, já utilizava o termo ‘*déficit*’, o que equivale, por via oblíqua, à demonstração da incompatibilidade do termo prejuízo, e conseqüentemente do termo lucro, com as funções estatais. Com efeito, ao dispor sobre normas orçamentárias, previa;

‘Se no curso do exercício financeiro a execução orçamentária demonstrar a probabilidade de *déficit* superior a dez por cento do total da receita estimada, o Poder Executivo deverá propor ao Poder Legislativo as medidas necessárias para restabelecer o equilíbrio orçamentário’ (art. 66 e seu parágrafo 3º).

Já então, a menção a ‘*déficit*’ implicava a aceitação obrigatória de sua única contrapartida; o ‘*superavit*’. E, como visto, onde couber ‘*superavit*’ *não se poderá cogitar de lucro*, em face da incompatibilidade dos fins a que um e outro se destinam.

Penso que só isso basta para evidenciar a impossibilidade de pessoa administrativa auferir lucro. Com efeito, é o próprio texto constitucional de então que ressaltava a incompatibilidade entre os fins colimados pelas pessoas administrativas e a obtenção de lucro.

Cuidemos, pois, da obviedade; pessoa administrativa não explora atividade econômica; não persegue o objetivo de lucro, móvel do interesse privado. *Pessoa administrativa tem por fim a satisfação do interesse público, por sua vez, incompatível com o fito de lucro*. Dito de outra forma; onde houver busca de realização do interesse público, inexoravelmente, não haverá perseguição a lucro; inexoravelmente, não haverá perseguição a lucro; inversamente, onde o móvel for a obtenção de lucro, não se terá presente o interesse público, mas o interesse individual, privado, particular, egoístico. Pessoa administrativa

não tem objetivos econômicos, não persegue fins lucrativos. Seu *orçamento pode apresentar excesso; pode ser superavitário, mas jamais indicará lucro.*

A Constituição de 1988 também afasta a possibilidade de a pessoa administrativa auferir lucro. Interpretação sistemática e harmônica do texto constitucional conduz a esse entendimento, especialmente quando se toma em conta o contexto em que o termo *lucro* vem inserido. Deveras, o exame dos preceitos relativos à ordem econômica exige se conclua pela compatibilidade desse termo *apenas nas seguintes situações em que está presente a exploração de atividade econômica.*

Em resumo. O traço indelével da pessoa administrativa é o desempenho de *atividade economicamente desinteressada, sem propósitos de vantagem ou ganho*; por isso, alheia que é a esse objetivo, não pode, nunca, auferir lucro. Em pólo extremo, *vantagem ou ganho. Sinteticamente, tem finalidade lucrativa.*”

CARLOS ARI SUNDFELD, na mesma oportunidade:

“... para saber se uma atividade se destina ao lucro (e, portanto, o propicia, no sentido jurídico), devo consultar, não as reservas mentais do empreendedor, mas a *qualificação jurídica dos fins do empreendimento.*

Essa qualificação é feita *pelo Direito* a partir de dois dados essenciais: a espécie de atividade e a pessoa que a desenvolve.

As atividades administrativas (aí incluídas a prestação de serviços públicos e sociais, a administração ordenadora etc.), titularizadas pelo Estado, opõem-se radicalmente às atividades econômicas, pertencentes aos particulares. Essa oposição é jurídica, porquanto determinante de dois conjuntos normativos distintos: o direito público e o direito privado.

O fim da outorga, ao Estado, do desempenho de atividades administrativas é o interesse público, em suas variadas espécies. *A Administração não titulariza o serviço público para dele extrair renda, mas por existência do serviço, com seu proveito para a coletividade, ser necessária. Logo, a prestação do serviço público é um fim em si.*

Já a atividade econômica é reservada aos particulares para estes, por seu intermédio,

buscarem seus fins pessoais (no caso; o proveito econômico, o *lucro*). Daí o objetivo da atividade econômica, ao contrário do serviço público, não ser seu próprio desenvolvimento, mas a geração de saldos econômicos apropriáveis.”

Prossegue o publicista e professor da Universidade Católica de São Paulo:

“Pois bem. As atividades administrativas são a *razão de ser* das pessoas administrativas (o motivo pelo qual existe). Já as atividades econômicas são apenas a *condição de existência* das empresas particulares, mas não seu objetivo. Em outros termos: a atividade administrativa é, ao mesmo tempo, o objeto e o objetivo do ente estatal, enquanto a atividade econômica é apenas o objeto da empresa capitalista, mas não seu objetivo, situado sempre na geração de lucro.

Tudo isso resulta numa equação assim formulada: *as atividades administrativas exploradas por pessoas administrativas não geram lucros*, no sentido jurídico, ainda quando conduzam a *saldos de caixa*, mas as mesmas atividades exploradas por pessoas particulares (quando possível tal exploração) geram lucro ou prejuízo.” (g.n.)

II — Prestação de serviço público e exploração de atividade econômica por empresa estatal

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO fez distinção bem nítida entre empresa estatal (a) preposta a atividade econômica e empresa estatal (b) prestadora de serviço público (embora só mencione as mistas, resulta claro que seu raciocínio serve, também, para as empresas públicas) o que deixou claro na recente 4ª edição de seu “Curso”, ao escrever:

“Inclusive a *distinção* entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica vale, igualmente, e com as mesmas conseqüências, para umas e para outras” (pág. 89).

Recentemente, disse CELSO ANTÔNIO:

“Ha portanto, *dois tipos* fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público ou coordenadoras de obras públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser, idênticos, ...”

(“Curso de Direito Administrativo”, 4ª edição, Malheiros Editores, pág. 93)

Idêntica a conclusão do Ministro CARLOS VELLOSO, no Seminário, realizado em março de 1987, pela Associação dos Dirigentes de Empresas Públicas (ADEP), sobre o tema “Regime Jurídico das Empresas Estatais”:

“É preciso, portanto, em conclusão, *distinguir as estatais que prestam serviços públicos* daquelas que exercem atividades exclusivamente empresariais. A estas últimas não se podem estender essas medidas que são criadas exclusivamente para as entidades públicas.” (RDP 83/139).

J. AFONSO DA SILVA, comentando os artigos 170 e 173 da C.F. assinala que:

“... os primeiros podem ser prestados ou explorados pelo Estado sem as limitações previstas no art. 170, que nada tem a ver com eles; efetivamente, não tem cabimento falar em princípio da subsidiariedade estatal em relação à exploração ou prestação de serviços públicos, assim como não comporta mencionar, a respeito deles, a regra de preferência da iniciativa privada” (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, RT., pág. 519).

O Estado assumiu — por intermédio da empresa pública — “encargos vizinhos à atividade das empresas privadas, adotando a sua estrutura e o seu regime jurídico” (cf. THEMÍSTOCLES BRANDGO CAVALCANTI, RDA 128/2). Assim, da necessidade de conciliação do público (investimento público) com o privado (forma de empresa privada) nasceram as empresas estatais (sociedade de economia mista, empresa pública). THEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI vê com naturalidade “como uma *empresa pública*, de origem pública (porque criada por lei) com um mecanismo de controle público, toma a *forma privada* e funciona como empresa privada” (RDA 128/11). E que, como assinala CAIO TACITO:

“As sociedades de economia mista e as empresas públicas são pessoas jurídicas administrativas, sujeitas a regime de direito privado, na gestão de seus negócios (Constituição, art. 170, parágrafo 2º), mas regidas igualmente pelas normas de direito público, que especia-

lizam sua organização, *em razão dos fins públicos de seus objetivos*” (RDA 111/8).

ADILSON DALLARI é incisivo, tratando das empresas estatais:

“Com relação às que prestam serviço público, justifica-se o regime jurídico de direito privado *apenas* quanto à forma de sua organização e funcionamento, mais compatíveis com a natureza comercial ou industrial da atividade assumida pelo Estado; no entanto, quanto a outros aspectos, concernentes à *proteção dos bens vinculados à prestação de serviços*, à responsabilidade perante terceiros, à sujeição ao procedimento da licitação, à *continuidade do serviço público* e, especialmente, no que diz respeito ao controle pelos Poderes Executivo e Legislativo, o seu *regime jurídico* deve ser preponderantemente o *administrativo, acompanhado das prerrogativas e sujeições* que colocam a Administração Pública em posição de supremacia perante o particular, ao mesmo tempo em que a submetem aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, com todos os seus corolários” (RDP vol. 94, pág. 106).

A jurisprudência tem seguido as pegadas da doutrina, como se vê de acórdão (no regime anterior) da 7ª Câmara do 1º T. A. Civ. SP., cujo relator foi o Juiz REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, também professor titular da USP (Universidade de São Paulo):

“... há, fundamentalmente, *dois campos* de interesse específico de intervenção estatal. Pode prestar *serviços públicos*, seja diretamente, seja através de entidades criadas pelo Estado ou por ele permitidas ou concedidas, e também pode *interferir no domínio econômico*. ... *Nada obstante, erigem-se outras pessoas jurídicas, que são criadas pelo Estado, sob roupagem de direito privado, mas destinam-se à prestação de serviços públicos*. Aí ressalta a diferença de regime jurídico. Embora vistam roupa de direito privado, ou seja, haja identidade de regime com as demais empresas privadas, nada impede que o estado transfira a tais entidades algumas prerrogativas próprias, de vez que irão prestar serviços públicos. Estes, por definição, são próprios do Poder Público e, pois, não há concorrência com particulares. Aqui, nada impede que o

Poder Público transfira a tais entidades particulares, mas desmembradas do Estado, algumas vantagens que lhe são próprias” (“Boletim de Jurisprudência da AASP” nº 1.616, RDP vol. 94/102).

Pois bem, a atribuição a empresa estatal desse regime, tornando-a mais ágil e expedita, não poderia ter por efeito (como não tem) descaracterizar essa atividade; era e continua sendo serviço público, embora desempenhado parcialmente sob a *forma* e por processos, meios e instrumentos de direito privado. Evidentemente, como a estatal no desempenho dos seus serviços, não compete com os privados, não está sujeita às regras do artigo 173, da C.F. E os particulares não competem, nem podem competir com ela, porque essa atividade é *serviço público* e o direito dos particulares (art. 173) é só o de *explorar atividade econômica*, que é o oposto e o contrário ao desempenho de produzir serviço público.

Por ela se vê que a empresa estatal delegada *E* administração pública; *FAZ* administração pública e, portanto, *TEM* os atributos (positivos e negativos) desta.

Dáí que a empresa estatal delegada de serviço público seja *pessoa administrativa* — como a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e as fundações — enquanto delegada de serviço público.

IV — Síntese

Considerando que:

(i) Por imperativo constitucional, as empresas estatais devem ser classificadas em (a) prestadoras de serviço público e (b) exploradoras de atividade econômica;

(ii) Assim, uma empresa estatal submete-se *ou* ao artigo 175 *ou* ao artigo 173 da C.F.;

(iii) O regime de cada categoria é diverso, substancial e formalmente. Os valores constitucionalmente protegidos são a livre iniciativa (art. 173), num caso, e o serviço público (art. 175), noutro caso;

(iv) A interpretação da legislação aplicável obedecerá, em cada caso, às indicações estimativas e técnico-jurídicas implicadas por essa dicotomia;

(v) O art. 173 da C.F. deve ser interpretado em harmonia estrita com todos os preceitos constitucionais — lembrados por CELSO ANTÔNIO — que sublinham o cunho híbrido mesmo das exploradoras de atividade econômica;

(vi) As estatais que desempenham serviço público têm regime protetor do serviço, bens e dinheiros públicos postos a seu cuidado;

(vii) As prestadoras de serviço público são pessoal administrativas e, como tal, submetidas a regime de proteção dos interesses públicos que titularizam, o que implica graves cerceamentos, importantes derogações à lei das sociedades anônimas e prerrogativas pertinentes ao interesse público;

(viii) As estatais, criaturas da entidade política titular do serviço público que exercem, jamais podem ser tratadas como concessionárias; são delegadas de serviço público, com todas as decorrências da delegação;

(ix) Sociedades designadas mistas, em que o capital privado seja insignificante ou só simbólico, são verdadeiras empresas públicas e como tal devem ser tratadas;

(x) Excedente contábil surgido no desempenho da atividade de prestação de serviço público (superavit) não se confunde com o alcançado pela atividade econômica capitalista (lucro);

(xi) A atividade de prestação de serviço público decorre da lei, desenvolvendo-se sob a lei (em relação de submissão) e tem como objetivo precípua e final, por determinação da lei, a satisfação do interesse público;

(xii) A exploração da atividade econômica (capitalista), por sua vez, é consentida e protegida pela Constituição e pela lei, desenvolvendo-se (em relação de não-contradição com ela) com o objetivo precípua e final — por deliberação do agente privado — de atingir o lucro;

(xiii) O superavit é acidental em relação à atividade de prestação de serviço público (que tem por único fim a satisfação do interesse público, definido por lei); qualquer receita, inclusive eventualmente excedente e instrumental, meramente;

(xiv) O lucro é objetivo final da atividade

capitalista privada traduzida na atividade empresarial;

(xv) Tais colocações decorrem do sistema jurídico posto em normas, e não concepções valorativas do observador; é que o agir sob relação de administração (que caracteriza a atividade de prestação de serviço público), sob a qual (relação) a atividade de satisfazer o interesse público se dá, decorre da lei que não põe, nem pode por o lucro como fim a ser atingido;

(xvi) O superavit não é causa (na concepção aristotélico-tomista) da atividade de satisfação do interesse público; lucro é causa (na mesma concepção lógica) da atividade privada empresarial capitalista;

(xvii) O conceito “lucro” (não como excedente contábil) tem também a acepção de critério mensurador ou quantificador do êxito da atividade privada empresarial capitalista;

(xviii) Os teóricos da ciência econômica concordam em que o superavit não é o objetivo, o fim, na atividade administrativa de satisfação do interesse público; igualmente, concordam com a conclusão de que o lucro é

o próprio fim da atividade privada empresarial capitalista;

(xix) Os doutrinadores econômicos também concluem que a noção de lucro — enquanto indicativo de excedente contábil alcançado pelo agente privado — é signo presuntivo de riqueza (usando a expressão de BECKER), autorizante de sujeição à incidência do imposto sobre a renda;

(xx) Como tal, o lucro indica aptidão da entidade privada para concorrer para os gastos do Estado.

Torna-se forçoso entender:

A contribuição social sobre o lucro, prevista na lei nº 7.689/88, não é exigível de entidades estatais, inclusive empresas delegadas de serviço público, porque o conceito de lucro — sendo do universo da atividade privada — não pode estender-se ao universo público; é mesmo incompatível com o regime de direito público que domina a prestação do serviço público por pessoas administrativas.

Geraldo Ataliba

J. A. Lima Gonçalves