

O ESTADO EMPRESÁRIO E A PENHORABILIDADE DE BENS QUE COMPÕEM O PATRIMÔNIO DAS EMPRESAS ESTATAIS

Givago Dias Mendes

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a natureza jurídica e penhorabilidade dos bens que compõem o patrimônio das chamadas empresas estatais, propondo uma alternativa à controvérsia existente acerca do tema. *A priori* se analisa a atuação do Estado-empresário sob o enfoque dos princípios constitucionais atinentes à ordem econômica. Ato contínuo aborda-se as espécies de empresas estatais e suas especificidades. Menciona-se, ainda, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema e o possível surgimento de uma nova tendência interpretativa, fundada no princípio da livre concorrência, considerando, a existência de regime de monopólio na atividade prestada. Ao final, se buscará propor uma alternativa à resolução da controvérsia apresentada.

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção do Estado no domínio econômico, Estado empresário, livre concorrência, livre iniciativa, monopólio, empresas estatais, regime jurídico, penhorabilidade dos bens.

ABSTRACT: This work aims to analyze the legal nature of goods of the State-owned companies, proposing an alternative to the existing controversy about the topic. First, analyze the performance of “State enterprises”, under the focus of the constitutional principles concerning the economic order. Continuous with the State-owned enterprises and their specific characteristics, such as the legal rules. After this analysis, it mentions the positioning adopted by the Supreme Court on the subject and the possible emergence of an interpretative tendency. At least, show to propose an alternative to the resolution of the controversy.

KEYWORDS: *Entrepreneur- State, Free competition, Free enterprise, Monopoly, State-owned enterprises, Public goods.*

INTRODUÇÃO: 2. Princípios Constitucionais informadores da ordem econômica e o Estado-Empresário; 3. Empresas Estatais - Conceito, Espécie e Atividades; 4. Empresas Estatais - Regime jurídico e

natureza dos bens que compõem seu patrimônio; 5. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da natureza jurídica e (im)penhorabilidade do patrimônio das Empresas Estatais; 6. Conclusões; 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

É cediço que entre as principais funções do Estado moderno, sob a atual e vigente perspectiva do Estado Democrático de Direito, está a de promover o desenvolvimento econômico, a paz e justiça social. Tal como informa nossa Constituição Federal, em seu art.3º, são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais¹.

Para o cumprimento de tais finalidades, o Estado se vale técnicas como a intervenção no domínio econômico, que pode se dar na maneira regulatória ou executória, esta última (que nos interessa a análise) por meio da: administração direta e seus órgãos, da administração indireta, das empresas estatais, ou mesmo em colaboração com particular².

Com efeito, o modelo econômico liberal, que se depreende a partir de dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica previstos no art.170 da Constituição Federal³ – tais como propriedade privada, livre concorrência e o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização dos órgãos públicos, entre outros – prevêm, como regra o exercício direto da atividade econômica pelo particular, cabendo ao Estado preponderantemente a intervenção regulatória no domínio econômico.

Entretanto, quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, o constituinte autoriza, no art.173, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, que poderá ser dar em regime de exclusividade ou não, dependendo da medida de interesse público em jogo. Esta modalidade de intervenção na qual atua o Estado como empresário é instrumentalizada pelas chamadas empresas estatais, por meio das quais se busca o desenvolvimento da economia, a manutenção de atividades estratégicas nas mãos do Estado e a instauração de serviços públicos sobre-

¹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13/06/15

²GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13/06/15

tudo nas regiões em que não tenha havido um desenvolvimento satisfatório da atividade privada convencional.

Repita-se que a figura do Estado-empresário só é admitida em caráter suplementar, justificada por imperativos de segurança nacional e interesse coletivo, “pois caso o contrário há vedação constitucional expressa a essa interferência que é reservada ao setor privado⁴”. Contudo, reconhece-se que a amplitude dos termos justificadores supramencionados, permite a presença das empresas estatais nos mais diversos setores da economia, muitas vezes despida deste caráter excepcional e suplementar. Newton de Lucca observa este fenômeno, ao afirmar que⁵:

A presença do Estado na economia brasileira hoje é tão significativa que seria até despidendo – para não dizer estultice – mostrar que sua postura, nos diversos setores, não terá sido, positivamente, a de quem exerceu a sua atividade “suplementar” somente naqueles setores nos quais a livre iniciativa não poderia atuar com eficácia. Não só a presença estatal espraçou-se por quase todos os segmentos da economia nacional, concorrentemente com a iniciativa privada (e sufocando frequentemente esta última), como também, nas vezes em que interveio exercendo atividade “suplementar” (e, portanto, dentro dos limites constitucionais), dificilmente terá se preocupado em operar com lucro apenas para preservar o estímulo à iniciativa privada para que esta viesse ocupar aquele espaço por ele preenchido somente a título “suplementar”.

Consequência disso é o grande número de estatais na realidade econômica brasileira, como afirma Evandro Martins Guerra⁶ ao citar levantamento realizado pela Revista Época que catalogou, no ano de 2011, e apenas em âmbito federal, mais de seiscentas e setenta e cinco (675) empresas do referido tipo, atuando nos mais variados setores, representando relevante parcela da economia:

Dessas, o governo controla 276, se somarmos todos os tipos de participação. Levando em conta apenas as 628 empresas não financeiras, o faturamento soma R\$ 1,06 trilhão, algo como 30% do nosso Produto Interno Bruto (PIB) ou 2,5 vezes as vendas dos 50 maiores grupos privados nacionais (leia o gráfico abaixo) . Nas 247 empresas não financeiras controla-

⁴MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 40,ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.425.

⁵LUCCA, Newton de. **Regime jurídico da empresa estatal no Brasil**. São Paulo: Tese, 1986. p. 35-36.

⁶Revista Época, edição n. 682, de 10/6/2011, p. 67, in: GUERRA, Evandro Martins. **Sujeição das Empresas Estatais à Falência**. Belo Horizonte: dissertação, 2012, p.29.

das pelo governo, as vendas somam R\$ 468,5 bilhões, ou 13% do PIB. E o valor de mercado das 99 empresas cujas ações são negociadas na BM&FBovespa totaliza R\$ 1,7 trilhão, ou 71% do valor de mercado das empresas na Bolsa. A interferência do Estado na economia via estatais, BNDES e fundos de pensão é tão intensa que, durante a pesquisa, ÉPOCA teve de atualizar os dados de muitas companhias que receberam recentemente dinheiro do governo, como o frigorífico JBS ou a Cipher, especializada em sistema de segurança de informação.

Nesse contexto, a maciça atuação do estado-empresário vem gerando inúmeros embates no meio acadêmico e jurisprudencial, não apenas por sua relevância econômica, mas também por de estarem elas justamente na intersecção entre o direito público e o direito privado, sobressaindo em sua atuação valores que ora pertencem ao primeiro ramo (tais como interesse público, segurança nacional, entre outros) ora se direcionam ao direito privado (busca do lucro, livre iniciativa, livre concorrência). Surgem daí questões polêmicas tais o regime jurídico aplicável às estatais e a natureza e penhorabilidade de seus bens e sua relação com o Poder Público e com a concorrência privada.

Neste sentido, pretende o presente artigo analisar o regime jurídico aplicado às empresas estatais, bem como a possibilidade de penhora dos bens que compõem seu patrimônio. Para isso, se valerá de pesquisa doutrinária e jurisprudencial e análise de dispositivos legais.

Partir-se-á de considerações iniciais acerca dos princípios informadores da ordem econômica, sobretudo a livre concorrência e livre iniciativa sob a perspectiva da atuação do Estado-empresário. Ato contínuo se procederá ao estudo das empresas estatais, seu conceito, classificação e atividades realizadas. Posteriormente se tecerá comentários acerca de seu regime jurídico e da natureza de seus bens, complementando-se com exposição acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento de questões relativas ao tema.

Por fim, aos comentários finais e conclusões, propondo-se uma solução à controvérsia que existe acerca da mencionada penhorabilidade, fundada nos princípios constitucionais relativos à ordem econômica e à atuação do Estado como empreendedor.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DA ORDEM ECONÔMICA E O ESTADO-EMPRESÁRIO

Não se pode ignorar que uma das principais objetivos buscados pelo Estado ao explorar diretamente a atividade econômica é se valer da agilidade e dinâmica e versatilidade que possuem as pessoas jurídicas de direito privado. Neste sentido, sob a justificativa do interesse público, se despe da burocracia inerente ao regime jurídico de direito público, como bem anota José dos Santos Carvalho Filho:

Como os órgãos estatais se encontram presos a uma infinita quantidade de controles, o que provoca sensível lentidão nas atividades que desempenha, essas pessoas administrativas, tendo personalidade de direito privado, embora sob direção institucional do Estado, possibilitam maior versatilidade em sua atuação, quando voltadas para atividades econômicas. O Estado, através delas, se afasta um pouco de seu pedestal como Poder/bem-estar social para assemelhar-se, de certa maneira, a um empresário, que precisa de celeridade e eficiência para atingir seus objetivos⁷

Contudo, não é razoável que o ente estatal, explorando diretamente a atividade econômica, goze apenas das benesses do regime de direito privado sem que suporte também seus ônus, entre eles o da igualdade de condições (pelo menos no que for possível) com seus concorrentes. Neste sentido, menciona-se que não se pode conceder às estatais privilégios competitivos em relação aos seus concorrentes privados, como bem anota José Cretella Junior “O Estado acionista, ao integrar a sociedade de economia mista, desce do pedestal privilegiado em que se encontra e, revestindo-se de traços privatísticos, fica sob o impacto das normas jurídicas de direito mercantil⁸”.

Há que se reconhecer, portanto, que cabe ao Estado, mesmo que intervindo na ordem econômica “o respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão se encontra no art. 170 da Constituição Federal⁹” Anote-se que:

Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção hão de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consigna-

⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 472.

⁸CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 338.

⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 648.622 DF. Recorrente: União Federal, Recorrido: Companhia Açucareira Paraíso. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. DU:22.10.2013. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22884026/recurso-extraordinario-re-641709-df-stf>>. Acesso em: 16.07.2015.

do expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que “As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”¹⁰

Ora, se por um lado o Estado explora diretamente atividade econômica sob a justificativa constitucional de desenvolver atividade estratégica, prestar serviços públicos ou promover a justiça social, noutra giro também não se pode rechaçar o dever de observância de princípios de igual quilate e importância econômica, tais como a livre iniciativa e livre concorrência. Nessa linha, ensina Sergio Botrel que “a livre concorrência consiste em norma que encontra também no Estado um dos seus destinatários, no sentido de que a intervenção estatal no mercado deverá encontrar respaldo constitucional”¹¹”.

A propósito, aponte-se que são a livre iniciativa e a livre concorrência postulados distintos, porém relacionados. Livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa ¹². A livre concorrência é, ao mesmo, tempo, a confirmação da livre iniciativa e a limitação de seu exercício¹³. Assim, surge para o indivíduo num primeiro momento o direito de livre acesso à economia de mercado, contudo, para que se garanta a todos tal liberdade, não apenas de adentrar, mas de permanecer no mercado, há que se manter a competitividade.

Daí a submissão do Estado interventor aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência em diferentes perspectivas, uma vez que quando atuando de forma reguladora o faz para coibir abusos, atuando como garantidor das ditas liberdades e do livre mercado. Por outro lado, ao exercer diretamente atividade econômica, na figura de empresário, passa a atuar como mero ator econômico, submetendo-se à observância dos referidos princípios.

3 EMPRESAS ESTATAIS- CONCEITO, ESPÉCIES E ATIVIDADES

¹⁰DIÓGENES, Gasparini. **Curso de Direito Administrativo**, 8ª Ed. São Paulo: 1991,p. 629/630.

¹¹BOTREL, Sérgio, **Direito Societário Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009,p.64.

¹²FARINA, Azevedo, Saes. **Competitividade: Mercado, Estado e Organizações**, São Paulo, 1997, cap. IV.

¹³BOTREL, Sérgio, **Direito Societário Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009,p.63.

A doutrina tem definido as empresas estatais como “pessoas jurídicas de direito privado, criadas por autorização legal específica, com patrimônio público ou misto, para a prestação de serviço público ou para prestação de serviço público ou para execução de atividade econômica de natureza privada¹⁴. Acerca de suas espécies, aduz Hely Lopes Meirelles que:

Na denominação genérica de *empresas estatais* ou *governamentais* incluem-se as empresas públicas, as sociedades de economia mista, e as empresas que, não tendo as características destas, estão submetidas ao controle do Governo

Este último tipo, segundo o autor, seriam as sociedades adquiridas por empresas estatais, mas que surgiram sem autorização legal, razão pela qual não poderiam ser consideradas sociedades de economia mista ou empresa pública, e cuja Constituição de 1988 faz referência em seus artigos 37, XVII, art.71, II, art.165 §5º,III e 173, §1º. A seu turno, Marçal Justen Filho delinea ainda mais ainda o conceito, informando que não se enquadram na categoria em comento “as sociedades destinadas ao desempenho de atividades puramente privadas, com participação minoritária do poder público¹⁵”.

Em sentido diverso, quanto às espécies de empresas estatais, parte da doutrina, capitaneada por José dos Santos Carvalho Filho, reconhece como estatais apenas as empresas públicas e sociedades de economia mista, rejeitando a divisão tripartite supramencionada.

Com efeito, cabe reconhecer que tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista possuem traços em comum, tais quais a criação ou extinção por lei, personalidade jurídica de direito privado, com a aplicação parcial de normas de direito público, vinculação aos fins definidos na lei instituidora, admitem o auferimento de lucro (ainda que este não deva ser seu o objeto principal) e ambas desempenham atividade de natureza econômica (expressão aqui tratada em seu sentido amplo- compreendendo tanto o exercício de atividade econômica *stricto sensu* quanto a prestação de serviços públicos).

Por outro lado, há também significativas diferenças entre os dois tipos, sobretudo no que diz respeito à forma de organização e à composição do

¹⁴MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 40.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013, p.424

¹⁵JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**,10ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.291.

capital, já que as empresas públicas podem assumir qualquer das formas previstas em direito (seja sociedade civil seja sociedade comercial) ao passo que as sociedades de economia mista só podem ser sociedades anônimas, a teor do disposto no art.235 da lei 6.404/76, que regula as sociedades por ações¹⁶. Quanto à formação do capital a distinção está no fato de que as empresas públicas são formadas em sua integralidade por capital público (pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações Indiretas)¹⁷, ao passo que as sociedades de economia mista são compostas por capital misto, ou seja, público e privado, de modo que, obrigatoriamente, a maioria do capital votante será da esfera governamental, conforme exigência do inciso III do art. 5º do DL nº 200/1967¹⁸.

A título de exemplo de empresas públicas se pode mencionar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a Casa da Moeda do Brasil, Caixa Econômica Federal, BNDES- Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, entre tantas outras. Já entre as sociedades de economia mista se encontram o Banco do Brasil, Petrobras- Petróleo Brasileiro S.A, entre outras de extrema importância em nosso contexto econômico atual.

Quanto à atividade, aponta-se que as estatais desempenham atividade de natureza econômica *lato sensu*, expressão na qual, nos dizeres do mestre Eros Grau, deve ser entendida no seu sentido mais abrangente, qual seja, a utilização de recursos visando à satisfação de necessidades sociais. Assim, os serviços públicos também podem representar atividades com utilização de recursos para a satisfação das necessidades da coletividade, constituindo, portanto, uma espécie do gênero atividade econômica. Portanto, atividade econômica é gênero, tendo como espécies alguns serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito¹⁹.

Posição doutrinária divergente, porém não prevalecente, afirma que às sociedades de economia mista não caberiam a prestação de serviço público, pois, “[...] do contrário, o capital privado não teria interesse de participar desse ente público, considerando que ele visa sempre o lucro²⁰”.

Quanto às espécies de “atividade econômica”, no que tange à defi-

¹⁶BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 13/06/17.

¹⁷MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ed, São Paulo: Malheiros: 2015.p 191.

¹⁸BRASIL. **Decreto lei nº 200/1967**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decret-o-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 13/06/17.

¹⁹EGRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 89-90.

²⁰ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. São Paulo: Saraiva:2005.

nição de serviços públicos, basilar é a lição de Alexandre Santos de Aragão, que em sua obra “Direito dos Serviços Públicos” os define como:

As atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade²¹

Prossegue o festejado autor explicando a origem e evolução da tomada dos serviços públicos por parte do estado, ao citar Washington Peluso Albino de Souza

Inicialmente, admitia-se apenas a prestação pelo Estado das atividades deficitárias, o que levava à repartição dos prejuízos por todos os contribuintes, mas “ tão logo deixasse de ser deficitária, a atividade deveria ser transferida a particulares. Para que os prejuízos não se verificassem, foi também garantido pelo Estado o monopólio, pois, com a abolição da concorrência, dado básico do próprio catecismo liberal, o empreendedor particular estaria livre dos riscos.

(...)

“Então o Estado foi penetrando cada vez mais nos territórios da iniciativa privada e aprendendo notadamente, que muitos destes setores eram, além de altamente lucrativos, tão convincentemente capazes de influir nas demais condições do progresso, do desenvolvimento e da garantia de emprego e da melhoria das condições de vida(...)²²

Em se tratando de serviços públicos, independente que sejam eles prestados por empresas estatais ou por particulares em regime de concessão ou permissão, há também que se considerar suas características essenciais e princípios informadores, tais como generalidade, essencialidade, continuidade, modicidade tarifária, relevância, isonomia e satisfação de necessidades coletivas²³, o que confere às estatais que prestam tais serviços maior caráter de direito público do que as que atuam na atividade econômica em sentido estrito.

Ao revés, define-se às atividades econômicas *stricto sensu* como atividades típicas de mercado e da iniciativa privada que o Estado, em razão

²¹ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 151.

²²Ibidem, p. 66.

²³GUERRA, Evandro Martins. **Direito Financeiro e Controle da Atividade Financeira Estatal**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

de interesse público, resolve tomar para si, em regime de monopólio ou de concorrência. Se incluem nesta categoria atividades como: agricultura, pecuária e abastecimento; serviços financeiros, de corretagem, arrendamento, consórcio e seguros; equipamentos militares, desenvolvimento do espaço rural e urbano ou tecnológico; mineração; indústria naval; turismo; informática; imprensa; saúde, entre outros. Há atividades econômicas exploradas pelo Estado que possuem, naturalmente, interesse público, mas que não são relacionadas diretamente com o bem-estar da coletividade, mas sim a razões fiscais, estratégicas ou econômicas (p.ex: o petróleo, as loterias, em alguns países o tabaco, os cassinos, etc)²⁴.

Vale acrescentar que, como já informado, que a atuação do Estado-empresário, seja prestando serviços públicos, seja exercendo atividade econômica em sentido estrito pode se dar **em regime de exclusividade/monopólio** (p.ex atividades petrolíferas e materiais nucleares, emissão de moedas, serviço postal, serviços de telecomunicações, radiofusão sonora de sons e imagens, energia elétrica, navegação aérea, transporte ferroviário, entre outros) **ou em regime de concorrência com os particulares** (p.ex bancos).

Tal distinção é relevante tanto na definição do regime jurídico e natureza dos bens das estatais, bem como para delinear a aplicação de princípios constitucionais informadores da ordem econômica e da administração pública, tais como livre concorrência, livre iniciativa, interesse público e continuidade, universalidade e indisponibilidade dos serviços públicos.

Assim, uma vez conceituadas as empresas estatais, demonstradas suas espécies e atividades, impõe-se analisar seu regime jurídico e natureza de seus bens.

4 EMPRESAS ESTATAIS- REGIME JURÍDICO E NATUREZA DOS BENS QUE COMPÕEM SEU PATRIMÔNIO

Questão que tem sido centro de intenso embate doutrinário e jurisprudencial é acerca do regime jurídico a aplicado às estatais. Trata-se de tarefa das mais difíceis, como reconhece Carlos Ari Sundfeld

Com a incrível diversificação das tarefas da Administração contemporânea, é difícil encontrar elementos jurídicos comuns a todas elas. São atuações muitíssimo variadas, com

240 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 170.

regimes bastantes diversos²⁵

No que tange ao tema, posiciona-se Marçal Justen Filho no sentido de que todas as empresas estatais estão condicionadas ao regime jurídico de direito privado, com submissões a alguns princípios e regras da administração pública o que, em tese, não descaracterizaria o caráter eminentemente privado de suas regras²⁶.

Em sentido diverso afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, embora as estatais possuam personalidade de direito privado, o regime jurídico aplicado a elas é híbrido, uma vez que o direito privado seria parcialmente derogado pelo direito público²⁷. Neste raciocínio, em se tratando de empresa estatal, aplica-se o direito privado, a não ser que se esteja na presença de norma expressa de direito público.

Já Celso Antonio Bandeira de Mello, por sua vez, reconhece se estar diante de um regime jurídico peculiar, contudo, o relaciona com a espécie da atividade prestada pela estatal. Em se tratando de atividade econômica (*stricto sensu*), afirma ser mais próximo o regime jurídico de direito privado, em contraponto, quando diante de prestadora de serviço público sofrerá maior influxo de princípios e regras do Direito Público²⁸.

Certo é que o debate em tela possui sua origem na interpretação do § 1º, II do art. 173 da Constituição Federal, *in verbis*:

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

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

(..)

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

²⁵SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 35-36.

²⁶JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 10ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.296.

²⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.38.

²⁸MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ed, São Paulo: Malheiros: 2015.p.202.

Nesse panorama surgem diferentes posicionamentos acerca da extensão da aplicação da referida norma constitucional. Para doutrinadores do quilate de José Santos Carvalho Filho a disposição em comento estaria sujeitando ao regime jurídico próprio das empresas privadas todas as estatais que prestam atividade econômica em sentido amplo, seja atividade econômica *stricto sensu*, seja prestação de serviços públicos, uma vez que dar às estatais tratamento semelhante à fazenda pública geraria “irreversível prejuízo aos seus credores, já que se trata de mecanismo injusto e anacrônico, ao mesmo tempo em que beneficia devedores paraestatais recalcitrantes”, e que

O fato de estarem alguns bens de tais entidades afetados à eventual prestação de serviços não os converte em bens públicos, pois que nenhuma ressalva em tal sentido mereceu previsão legal²⁹.

O contraponto é trazido por Toshio Mukai, Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pela aplicação do disposto no §1º, II do art.173 da lei maior apenas às estatais que atuam na atividade econômica em sentido estrito, afastando a referida regra no caso de estatais prestadoras de serviços públicos.

Assim, na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a empresa estatal que presta serviço público atua como concessionária de serviço público, submete-se à norma do art. 175, aplicando-se, no que tange aos bens diretamente ligados ao serviço público, o mesmo regime jurídico a que estão sujeitos os bens da União, Estados, Municípios também afetados à realização de serviços públicos³⁰. Quanto aos bens não ligados à prestação dos serviços públicos, ambas posições pugnam pela sua natureza de direito privado.

No mesmo sentido, com fundamento nos princípios que regem a prestação dos serviços públicos, tais como interesse público, indisponibilidade, continuidade, essencialidade e universalidade dos serviços públicos, reforça Celso Antonio Bandeira de Mello:

Quando, pelo contrário, forem prestadoras de serviço ou obra pública, é bem de ver que os bens afetados ao serviço e as obras em questão são bens públicos e não podem ser distraídos da correspondente finalidade, necessários que são ao cum-

²⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos de. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed, Rio de Janeiro: Atlas, 2015.p. 515.

³⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Natureza jurídicas dos bens das empresas estatais**. In: Revista PGE de São Paulo, Dezembro/10. 1988: p. 173-185.

primato dos interesses públicos a que devem servir³¹

Logo, a escolha do regime jurídico adotado influenciará diretamente no posicionamento acerca da natureza dos bens pertencentes às empresas estatais e sua alienabilidade e penhorabilidade, emerge a relevância do tema. Ora, aplicando o art.173, §1º, II da Constituição Federal a todas as empresas estatais, independente da atividade que realizem, se estará entendendo pela penhorabilidade de todos os seus bens. Em contrapartida, sua extensão apenas às estatais que prestam atividade econômica em sentido estrito, resultará na impenhorabilidade dos seus bens relacionados à prestação de serviços públicos.

Acrescenta-se ao embate o disposto no art.98 do Código Civil, que trata como “públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem³²”, cujo conteúdo também poderia levar à conclusão que os bens pertencentes às empresas estatais, independente de sua forma ou atividade, seriam particulares, uma vez que tais empresas não são de direito público interno.

Naturalmente a discussão em tela não se resume ao campo acadêmico, tendo sido também motivo de amplo debate também no âmbito dos tribunais. A seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

5 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA E (IM)PENHORABILIDADE DO PATRIMÔNIO DAS EMPRESAS ESTATAIS

Não obstante ferrenha divergência doutrinária mencionada no tópico anterior há que se reconhecer que, mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda não há consenso a respeito do tema. Neste sentido, ao julgar o Recurso Extraordinário de nº 220906/DF³³ entendeu a magna corte pela não incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal à empresa pública ECT- Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, concluindo pela impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, e

³¹MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ed, São Paulo: Malheiros: 2015.p 210.

³²BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13.07.17.

³³STF, Pleno. RE 220906/DF, Rel. Min. Mauricio Corrêa, j. em 16/11/2000, DJ 14-11-2002, p. 15)

reconhecendo que o tratamento dado à referida empresa pública deve ser o semelhante ao dado à Fazenda Pública, inclusive com a observância do regime de precatório.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal também afastou a aplicação do art. 173, §1º da Constituição Federal às empresas estatais prestadoras de serviços públicos ao julgar os Recursos Extraordinários RE 229.696/DJ de 19.2.02, RE 220.906/DJ14.11.2002, RE 225.011/DJ19.12.02, RE 354.897/DJ 3.09.2004.

Por outro lado, da análise do Recurso Extraordinário de nº RE: 599628 DF, se observou, em emblemática decisão, posicionamento do STF no sentido de que “Os privilégios da Fazenda Pública seriam inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas³⁴”, **ainda que prestadoras de serviços públicos e em se tratando de bens relacionados à continuidade da prestação dos referidos serviços** .

Nota-se que no mencionado caso primou a Suprema Corte pela garantia de princípios da ordem econômica, tais como a preservação da igualdade de concorrência entre os agentes econômicos em detrimento de valores do regime de direito público, tais como continuidade, essencialidade, e universalidade do serviço público. Afastou-se, assim, nos casos em que o serviço público é prestado de forma concorrencial, o critério utilizado nos antigos precedentes que dava natureza pública aos bens relacionados à prestação do serviço público.

É possível que o posicionamento supramencionado represente modificação no entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da penhorabilidade do patrimônio das estatais. Contudo, em razão de não ter sido ainda decisão reiterada, é prematuro afirmar que houve uma mudança efetiva de pensamento na Corte, não obstante, ao nosso sentir, seja essa a tendência, considerando a atual perspectiva acerca das funções do estado no paradigma liberal vigente.

6 CONCLUSÕES

Há que se considerar que muitas das empresas estatais estão entre as figuras mais relevantes no cenário econômico nacional e internacional.

³⁴STF - RE: 599628 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 25/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-199, DU 17-10-2011 EMENT VOL-02608-01 PP-00156.

Inegável, neste panorama, a importância social e econômica de empresas tais como EBCT- Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Petrobras, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, ELETROBRAS, BNDES, entre outras tantas, de modo que questões relativas à natureza jurídica e penhorabilidade de seus bens merece total atenção, ante o impacto direto que tem na atividade das estatais, bem como o impacto indireto que geram em toda a economia de mercado.

Como aqui demonstrado, há ainda intenso debate doutrinário e jurisprudencial, inclusive no Supremo Tribunal Federal acerca do regime jurídico a elas aplicado e da natureza dos bens que compõem seu patrimônio. Trata-se de questão das mais complexas, uma vez que colocam em contraposição valores essenciais ao Estado Democrático de Direito brasileiro, tais como interesse público, continuidade e universalidade dos serviços públicos, redução de desigualdades e desenvolvimento social, livre iniciativa, livre concorrência, isonomia, defesa do consumidor, função social da propriedade, entre outros.

Em meio a esse conflito de valores e interesses, entendemos que, em se tratando de empresa estatal que presta atividade econômica *stricto sensu*, tanto no caso de atuação em regime de exclusividade quanto na atuação em regime concorrencial, há que se considerar a natureza eminentemente privada da atividade, aplicando-se o disposto no art.173, §1º,II da Constituição Federal e admitindo-se a penhora dos bens que compõem seu patrimônio. Pensar de maneira diversa poderia acarretar enorme desequilíbrio à ordem econômica, uma vez que daria ao Estado-empresário vantagens competitivas em relação aos concorrentes genuinamente privados o que, a médio prazo, vai de encontro ao interesse da coletividade, uma vez que desestimula investimentos da iniciativa privada.

Ao nosso sentir, mesmo em se tratando de atividade econômica em sentido estrito desenvolvida pela empresa estatal por meio de monopólio, tais prejuízos seriam verificados, considerando as relação firmadas entre a estatal e outros atores econômicos. Basta admitirmos, por exemplo, de maneira hipotética, a aplicação do regime de precatórios ou reconhecimento da impenhorabilidade de bens da estatal PETROBRAS para vislumbrarmos o prejuízo que tal fato traria a seus credores, ao mercado, aos investidores e à população em geral.

Noutro giro, em se tratando de empresa estatal **prestadora de serviços públicos**, conclui-se que não deve ser aplicado irrestritamente o disposto no art.173, §1º,II da Constituição Federal. Defende-se que o fator

determinante para a adoção de um posicionamento justo e razoável é a verificação da **existência ou não de monopólio da atividade realizada pela Estatal**.

Assim, em se tratando de serviço público prestado **em regime concorrencial** pelo Estado, há que se primar pelos princípios ordenadores da atividade econômica (principalmente livre concorrência e livre iniciativa) em detrimento dos que regem os serviços públicos, para reconhecer a possibilidade de penhora dos bens pertencentes ao patrimônio das empresas estatais, independente de estarem os mesmos relacionados ou não com o serviço público prestado, **sobretudo porque, não sendo o mesmo prestado em caráter de exclusividade**, se verificará prejuízos maiores à coletividade dando privilégios concorrenciais ao estado (e, violando princípios constitucionais atinentes à ordem econômica) do que em eventual interrupção da prestação do serviço pela referida empresa, até mesmo porque, sendo regime concorrencial, outras se encarregarão de sua prestação.

Por fim, **em se tratando de empresa estatal que presta serviço público em caráter de exclusividade**, não resta outra alternativa senão primar pelo interesse público na continuidade do referido serviço, uma vez que não é razoável que a coletividade suporte prejuízos em virtude de relações particulares firmadas pela estatal.

Da análise do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº599628/DF observa-se que **a natureza concorrencial ou de exclusividade do serviço público prestado foi o parâmetro para o entendimento adotado**. Sabe-se que ainda é prematuro para afirmar uma pacificação no entendimento acerca do tema, mas há que se considerá-la como, no mínimo, um indicativo de uma mudança de paradigma no que tange ao papel das empresas estatais na ordem econômica.

REFERENCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. São Paulo: Saraiva:2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13/06/15

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13/06/15

BRASIL. **Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 13/06/15

BRASIL. **Decreto lei nº 200/1967.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 13/06/15

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13/06/15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. RE 220906/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 16/11/2000, DJ 14-11-2002, p. 15)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal- RE: 599628 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 25/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-199, DU 17-10-2011 EMENT VOL-02608-01 PP-00156.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 648.622 DF. Recorrente: União Federal, Recorrido: Companhia Açucareira Paraíso. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. DU:22.10.2013. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22884026/recurso-extraordinario-re-641709-df-stf>>. Acesso em: 16.07.2015.

BOTREL, Sérgio, **Direito Societário Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 1980. .

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Natureza jurídicas dos bens das empresas estatais.** In: Revista PGE de São Paulo, Dezembro/10. 1988.

DIÓGENES, Gasparini. **Curso de Direito Administrativo,** 8ª Ed. São Paulo: 1991.

FARINA, Azevedo, Saes. **Competitividade: Mercado, Estado e Organizações,** São Paulo, 1997, cap. IV.

GUERRA, Evandro Martins. **Direito Financeiro e Controle da Atividade Financeira Estatal.** 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo,** 10ed. São Paulo: Re-

vista dos Tribunais, 2015..

LUCCA, Newton de. **Regime jurídico da empresa estatal no Brasil**. São Paulo: Tese, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 40,ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ed, São Paulo: Malheiros: 2015.

Revista Época, edição n. 682, de 10/6/2011, p. 67, in: GUERRA, Evandro Martins. **Sujeição das Empresas Estatais à Falência**. Belo Horizonte: dissertação, 2012, p.29.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013,

SUNDFELD, Carlos Ari.**Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.