

## **A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.303/2016: A DISTINÇÃO ENTRE SOCIEDADES ESTATAIS “EMPRESÁRIAS” E “NÃO EMPRESÁRIAS”.**

**Marçal Justen Filho<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O art. 1º da Lei 13.303 vem despertando controvérsia, ao determinar que as suas disposições se aplicam tanto a entidades estatais exploradoras de atividade econômica como àquelas prestadoras de serviço público. A questão foi levada à apreciação do próprio STF,<sup>2</sup> invocando-se violação à distinção constitucional entre sociedades estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica. Mas a disciplina legal não tem sido apreciada sob um prisma específico, relacionado com a distinção entre sociedades empresárias e não empresárias, tal como consagrada no Código Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei 13.303/2016. Aplicação. Controvérsia. Sociedades estatais empresárias. Sociedade estatais não empresárias. Distinção.

**ABSTRACT:** Article 1 of Law 13303 has aroused controversy in determining that its provisions apply to both state entities that exploit economic activity and those that provide public services. The issue was brought to the attention of the STF itself, invoking a violation of the constitutional distinction between public companies that provide public services and exploiters of economic activity. But the legal discipline has not been appreciated under a specific prism, related to the distinction between business and non- business, as enshrined in the Civil Code.

**KEYWORDS:** Law 13303/2016. Application. Controversy. State-owned companies; Non-business state companies. Distinction.

### **1. O problema específico: a disciplina da Lei 13.303.**

A Lei 13.303 consagrou o estatuto para as sociedades estatais, reduzindo a sua submissão ao regime reservado para os sujeitos administrativos dotados de personalidade de direito público.

#### **1.1.A finalidade buscada: a submissão ao regime de direito empresarial.**

A Lei das Estatais buscou fornecer soluções normativas compatíveis com a exploração de atividades empresariais por parte das sociedades estatais. A Lei 13.303 visa propiciar a adoção pela sociedade estatal das práticas consagradas no setor privado. Por isso,

---

<sup>1</sup>Mestre e Doutor em Direito Pela PUC/SP. Professor titular da UFPR de 1986 a 2006. Advogado e parecerista em Direito Público.

<sup>2</sup> Estão em curso a ADI 5.624 (ajuizada pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal - Fenaec e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - Contraf/Cut) e a ADI 5.846 (promovida pelo Partido Comunista do Brasil — PC do B).

foram eliminados muitos dos mecanismos jurídicos apropriados apenas para a atividade administrativa propriamente dita.

### **1.1.1. A implementação de mecanismos de governança corporativa.**

Um conjunto de normas da Lei das Estatais dispõe sobre mecanismos de governança corporativa. Essas normas estabelecem mecanismos de redução da influência dos titulares de mandatos eletivos ou envolvidos em atividades partidárias. Há limitações à autonomia para indicação de administradores e a obrigatoriedade de implementação de procedimentos internos destinados a assegurar a transparência das decisões e da condução dos negócios societários.

### **1.1.2. O regime próprio para licitação e contratação.**

Outra característica marcante da disciplina da Lei das Estatais é a eliminação da submissão das sociedades estatais às normas licitatórias e contratuais da Lei 8.666.<sup>3</sup> Essas normas, editadas com fundamento no art. 37, inc. XXI, da CF/88,<sup>4</sup> foram reservadas para a Administração dotada de personalidade jurídica de direito público – tal como determinado no art. 22, inc. XXVII, da própria CF/88.<sup>5</sup> Como decorrência, a Lei 13.303 encontra seu fundamento constitucional direto (ainda que não exclusivo) no art. 173, § 1º, inc. III, da CF/88, que determina o seguinte:

“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:

...

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

Portanto, a Lei 13.303 produziu a especificação dos princípios jurídicos a que se subordinarão as licitações e contratações praticadas pelas sociedades estatais.

---

<sup>3</sup> Mas a Lei 13.303 ainda prevê a aplicação de alguns dispositivos da Lei 8.666, tais como o §2º do art. 3º e as normas penais dos arts. 89 a 99 (conforme indicado nos arts.55, inc. III e art. 41).

<sup>4</sup> “...ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

<sup>5</sup> *Compete privativamente à União legislar sobre: ... XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.*

### **1.1.3. A supressão da incidência automática das competências anômalas.**

A questão relevante para a presente análise reside na eliminação da aplicação automática e necessária das chamadas “competências anômalas” (“prerrogativas extraordinárias) dos contratos avençados pelas sociedades estatais. O art. 68 da Lei 13.303 fixou o seguinte: “*Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado*”.

Ao longo de suas disposições, a Lei 13.303 assegura às empresas estatais certos poderes jurídicos diferenciados.<sup>6</sup> No entanto, isso não se confunde com o clássico regime dos contratos administrativos, sintetizado no art. 58 da Lei 8.666.<sup>7</sup>

## **1.2. A questão controvertida: a abrangência da Lei 13.303.**

A questão controvertida, que tem despertado disputas, relaciona-se com o âmbito de abrangência da Lei 13.303, com a superação da distinção entre sociedades estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público.

### **1.2.1. O disposto no art. 1º da Lei 13.303.**

O art. 1º da Lei 13.303 tem a seguinte redação:

“Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”.

O texto determina, portanto, que o diploma será aplicável inclusive em hipóteses em que o objeto da sociedade estatal for a prestação de serviços públicos.

### **1.2.2. A prestadoras de serviço público e o regime de direito público.**

A redação do art. 1º da Lei 13.303 gerou um certo espanto. Os administrativistas

---

<sup>6</sup> Tal como, por exemplo, a imposição por ato unilateral de penalidades à outra parte, em caso de inadimplemento (art. 83).

<sup>7</sup> “*O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo*”.

reputaram que a sociedade estatal prestadora de serviço público deve ser investida das “prerrogativas extraordinárias”, inerentes ao regime de direito público. Levando esse raciocínio às suas últimas consequências, tem sido afirmado que a Lei 13.303 teria infringido a distinção constitucional entre sociedades estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público. Sob esse enfoque, a submissão das contratações das sociedades estatais ao regime de direito privado apenas poderia ocorrer relativamente àquelas entidades exploradoras de atividade econômica. Mas a questão exige aprofundamento.

## **2. A concepção clássica sobre a disciplina do tema na CF/88.**

A concepção clássica sobre o tema no âmbito da CF/88 funda-se na distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público.<sup>8</sup>

### **2.1. A noção ampla de atividade econômica.**

Segundo esse enfoque, a CF/88 disciplinou a exploração dos recursos econômicos escassos, qualificando duas manifestações diversas — que são a atividade econômica em sentido restrito e o serviço público.

### **2.2. O núcleo da distinção.**

A CF/88 não definiu, de modo explícito, atividade econômica em sentido próprio nem serviço público. Mas previu dois regimes jurídicos distintos para tais atividades. Sob um certo ângulo, a identificação da atividade econômica em sentido restrito faz-se por exclusão. Não seria exagero afirmar que tudo aquilo que não for serviço público se configura como atividade econômica em sentido restrito.

#### **2.2.1. A noção de serviço público.**

Embora as disputas sobre o conceito de serviço público — tema ao qual se retornará adiante -, existem alguns elementos mínimos que dão identidade à noção. O serviço público consiste numa atividade de satisfação de necessidades comuns à generalidade dos sujeitos,

---

<sup>8</sup> A doutrina e a jurisprudência foram fortemente influenciadas pela sistematização produzida por EROS GRAU, na sua clássica obra *A ordem econômica na Constituição de 1998* (16. ed., São Paulo: Malheiros, 2014). A exposição acima realizada reflete o posicionamento adotado pelo referido jurista, sintetizando a orientação generalizada a doutrina.

altamente relevantes e que devem ser atendidas de modo necessário, o que motiva a sua assunção pelo Estado e a sua prestação sob regime específico.

### **2.2.2. A noção de atividade econômica em sentido restrito.**

Já as atividades econômicas em sentido restrito são aquelas que envolvem a exploração dos recursos econômicos (materiais e não materiais), desenvolvidas segundo postulados de livre iniciativa e livre concorrência, como manifestação da propriedade privada e da autonomia dos sujeitos quanto ao destino de seus bens e esforços.

## **2.2. O serviço público.**

A CF/88 dispõe sobre o serviço público em uma pluralidade de dispositivos, alguns deles não compreendidos no Título VII — Da Ordem Econômica e Financeira.

### **2.3.1. O art. 175.**

No âmbito do referido Título VII, o dispositivo constitucional mais relevante é o art. 175, que determina que *"Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos"*.

Como decorrência, as atividades qualificadas como serviço público são retiradas do regime de livre iniciativa, eis que a exploração dessas atividades é reservada constitucionalmente para um ente estatal. Nada impede que o titular do serviço público delibere facultar a sua exploração por particulares, inclusive em regime de competição.

### **2.3.2. A exploração do serviço público por um particular.**

A exploração do serviço público por um sujeito privado far-se-á por meio de concessão ou permissão. Ou seja, a exploração pelo particular configurará uma delegação realizada pelo titular do serviço público. Não existe a titularidade originária para a iniciativa privada quanto à prestação do serviço público.

### **2.3.3. Outros dispositivos constitucionais pertinentes.**

Em outros dispositivos constitucionais, a CF/88 disciplina serviços públicos. Certamente, as normas mais relevantes são os incs. XI e XII do art. 21. Esses dispositivos envolvem a discriminação constitucional de competências federativas. Determinam que a União é titular do poder-dever de exploração de atividades específicas.

## **2.4. A atividade econômica em sentido próprio.**

Diversos dispositivos da CF/88 referem-se à atividade econômica em sentido próprio.

### **2.4.1. O art. 170.**

No art. 170, foram estabelecidos os princípios gerais norteadores da exploração dos recursos econômicos. O dispositivo consagrou o regime capitalista, ainda que acompanhado de limitações relevantes.<sup>9</sup>

### **2.4.2. O parágrafo único do art. 170.**

O parágrafo único do art. 170 da CF/88 determinou que os agentes privados têm a faculdade de explorar qualquer atividade econômica, em regime de livre iniciativa e livre concorrência. Devem ser respeitadas as limitações constitucionalmente previstas e, quando muito, preenchidos os requisitos exigidos em lei para a autorização estatal quanto ao desempenho de atividade ou profissão.

### **2.4.3. O art. 173: a atuação direta do Estado.**

O art. 173 admitiu a possibilidade de o Estado assumir o desempenho direto de atividade econômica em sentido restrito, nas hipóteses previstas na Constituição ou nos casos de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, definidos em lei.

Em tais hipóteses, será vedada a instituição em favor da entidade estatal de qualquer benefício ou vantagem não extensível aos agentes econômicos privados. A entidade estatal, que desenvolver atividade econômica em sentido próprio, deverá competir em igualdade de condições com os particulares. A sua existência e a sua atuação não podem configurar instrumento para comprometer a livre competição na exploração dos recursos econômicos.

---

<sup>9</sup> Art. 170. *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.*

#### **2.4.4. As atividades monopolizadas pela União.**

Deve-se destacar que a CF/88 instituiu monopólio de certas atividades em favor da União, tal como previsto nos arts. 176 e 177. Lembre-se que as atividades monopolizadas não se enquadram no conceito de serviço público. Ainda que a sua exploração seja reservada à União, tais atividades são reputadas como uma exploração econômica similar àquelas referidas no art. 170 e seu parágrafo único.

#### **2.5. A margem de autonomia do legislador infraconstitucional.**

A distinção constitucional entre serviço público e atividade econômica em sentido restrito não significa a eliminação da autonomia do legislador infraconstitucional para qualificação jurídica das atividades. Mas existem limites intransponíveis.

##### **2.5.1. Autonomia para instituição de serviço público.**

Cabe à lei infraconstitucional a qualificação das atividades como serviço público. Isso envolve uma margem de autonomia decisória. Embora a maioria das hipóteses de serviço público já esteja indicada na própria Constituição, isso não significa impedimento a que a lei qualifique outras atividades como tal.<sup>10</sup>

Mas a Constituição somente admite que a atividade seja qualificada como serviço público se for vinculada à satisfação de necessidades coletivas essenciais, existindo evidência de que a sua prestação satisfatória não poderia ser obtida mediante a exploração sob regime de livre iniciativa e concorrência.

##### **2.5.2. A autonomia para desqualificação como serviço público.**

Sob outro enfoque, admite-se que a lei infraconstitucional elimine a qualificação da atividade como serviço público, passando a incidir o regime de direito privado — ainda que sujeito a limitações e forte regulação.<sup>11</sup>

A eliminação do serviço público será admissível quando as necessidades essenciais puderem ser atendidas de modo satisfatório por meio da exploração por agentes privados, em

---

<sup>10</sup> Essa é uma opinião majoritária, ainda que não unânime. Em sentido contrário, confira-se o pensamento de FERNANDO HERREN AGUILLAR, *Serviços públicos. Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54.

<sup>11</sup> Há uma forte corrente doutrinária que se opõe a esse entendimento, afirmando que as atividades referidas nos incs. XI e XII do art. 21 da CF/88 somente podem ser exploradas como serviço público. Nesse sentido, confira-se o pensamento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 29. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 138 e 143. No entanto e como mais bem exposto adiante, as atividades referidas nos dispositivos indicados têm sido submetidas a regime de direito privado e essa disciplina não foi considerada como inconstitucional pelo Poder Judiciário. O exemplo mais evidente (e antigo) é a geração de energia elétrica.

regime de competição no mercado, como qualquer outra atividade econômica. Em tais hipóteses, a lei estabelecerá os requisitos mínimos exigidos dos interessados, cuja atuação específica dependerá da obtenção de uma autorização do Poder Público.<sup>12</sup>

### **3. Disciplina constitucional e as sociedades estatais: panorama original.**

A atuação estatal direta no domínio econômico traduz-se — de modo necessário ou facultativo, conforme o caso — na utilização de entidades personificadas dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

#### **3.1. Ainda a distinção entre atividade econômica e serviço público.**

Como visto, a CF/88 admite que o Estado explore recursos econômicos para prestar serviços públicos ou para desenvolver atividade econômica em sentido próprio. Para o cumprimento desses desígnios, é cabível a utilização de sociedades de direito privado.

#### **3.2. A prestação de serviços públicos e as sociedades estatais.**

Segundo o já referido art. 175 da CF/88, o Estado é titular dos serviços públicos e a ele incumbe a sua prestação.

##### **3.2.1. A prestação direta do serviço público pelo ente estatal titular.**

A prestação direta do serviço público pode fazer-se pelo próprio ente estatal que é dele titular. Assim, não existe impedimento jurídico a que a Administração direta assuma essa função. Assim, era usual que o serviço público fosse atribuído a um departamento, integrante da Administração direta.

No entanto, razões de cunho organizacional podem resultar na criação de uma entidade da Administração indireta, a quem é atribuída a prestação do serviço público.

##### **3.2.2. A prestação do serviço por intermédio de autarquia.**

---

<sup>12</sup> Nas hipóteses em que for materialmente inviável a exploração da atividade por um número ilimitado de agentes, a outorga da autorização poderá ser subordinada a um procedimento seletivo. O exemplo mais evidente é a telefonia celular, cuja exploração envolve a utilização de espectros de rádio frequência. Há um número limitado de alternativas para utilização, o que conduz à seleção mediante critério objetivo dos operadores autorizados a atuar no setor.



A solução adotada no passado foi a criação de uma autarquia no âmbito da Administração indireta do ente federativo titular da competência para a prestação do serviço público. Em tal hipótese, o serviço continuava sendo desempenhado por entidade dotada de personalidade jurídica de direito público, aplicando-se a generalidade das regras previstas para a própria Administração direta.

### **3.2.3. A prestação por intermédio de sociedade estatal.**

No entanto, houve forte tendência à atribuição do serviço público a sociedades dotadas de personalidade de direito privado, sob controle do ente titular da competência para a prestação do serviço público. Foram criadas empresas públicas e sociedades de economia mista para desempenho dessas atividades de serviço público.

A solução destinava-se a evitar a incidência do regime próprio de direito público. A criação da sociedade privada destinava-se a ampliar a eficiência na prestação do serviço público, mediante a adoção de mecanismos próprios do regime privado.

### **3.2.4. As concessões impróprias.**

A atribuição do serviço público a uma sociedade estatal era formalizada mediante uma “concessão”. Rigorosamente, a solução era inadequada, eis que a sociedade investida da prestação do serviço não era dotada de qualquer margem de autonomia para condução das suas atividades. A situação existente não podia ser assemelhada àquela instaurada entre Administração e um concessionário integrante da iniciativa privada.

Essa situação conduziu parte da doutrina a diferenciar entre concessões propriamente ditas e concessões impróprias. Aquelas seriam as instauradas entre o Estado e um agente integrante do setor privado. Já as concessões impróprias seriam mero instrumento de reorganização administrativa.

### **3.2.5. As duas modalidades de concessão imprópria.**

Por outro lado, surgiram duas modalidades de concessão imprópria. Havia aquelas em que a sociedade privada encontrava-se sob controle do ente titular do serviço público (concessão-descentralização). E existiam as hipóteses em que a sociedade privada integrava a Administração indireta de outro ente federativo, configurando-se uma espécie de acordo interfederativo para a prestação do serviço (concessão-convênio).<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> O presente estudo não examinada a figura do consórcio com personalidade jurídica de direito privado, previsto na Lei 11.107/2005. As peculiaridades apresentadas nesse caso escapam aos limites da análise. A respeito do tema,

### **3.3. A exploração de atividade econômica e as sociedades estatais.**

Mas a sociedade de direito privado também era utilizável para a exploração de atividades econômicas.

#### **3.3.1. A submissão ao regime próprio da iniciativa privada.**

Como visto, a CF/88 vedou a previsão de qualquer benefício ou vantagem não extensível à iniciativa privada nas hipóteses de exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

#### **3.3.2. A obrigatoriedade da exploração mediante sociedades privadas.**

Nessas hipóteses, a atuação estatal necessita ser desenvolvida por meio de uma entidade subordinada exatamente ao mesmo regime jurídico previsto para os agentes privados.

Portanto, é vedado ao Estado explorar atividade econômica em sentido próprio de modo direto, por atuação do ente federativo interessado. Também não se admite a atribuição da atividade a uma autarquia, que é dotada de personalidade jurídica de direito público.

### **3.4. A distinção tradicional entre sociedades estatais.**

As considerações anteriores conduziram à classificação das sociedades estatais em duas grandes categorias.

#### **3.4.1. A classificação em vista da natureza da atividade.**

As considerações anteriores conduziram-se a difusão da distinção entre sociedades estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica. Essa distinção funda-se na natureza da atividade desenvolvida pela entidade<sup>14</sup> e se justifica em razão da existência de regimes jurídicos distintos e inconfundíveis.

#### **3.4.2. A possibilidade de outras classificações.**

---

consulte-se ODETE MEDAUAR; GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA, *Consórcios públicos: Comentários à Lei 11.107/2005*, São Paulo: RT, 2006.

<sup>14</sup> Lembre-se que, rigorosamente, a natureza da atividade desenvolvida pela sociedade estatal impõe o reconhecimento de uma terceira figura, que é a entidade de apoio. Existem empresas estatais que não se destinam nem à prestação de serviço público, nem à exploração de atividade econômica em sentido próprio. Elas são entidades criadas para atuar em favor da própria Administração Pública, dando-lhe suporte para cumprimento mais satisfatório de suas finalidades. Essas entidades de suporte envolvem, por exemplo, engenharia de trânsito, processamento de dados, planejamento.

É fundamental ter em vista que, mesmo em face desse enfoque tradicional, admitiam-se outras classificações, tomando em vista as circunstâncias jurídicas incidentes. Assim, por exemplo, era cabível diferenciar sociedades estatais dependentes e não dependentes, tomando em vista o critério da Lei de Responsabilidade Fiscal.<sup>15</sup>

#### **4. A dinâmica da realidade e seus reflexos sobre o domínio do Direito.**

A exposição acima refletia um estado de coisas determinado, em vista de um cenário econômico e sociopolítico específicos. Mas a dinâmica da realidade foi produzindo alterações e modificações, de modo contínuo, conduzindo a inadequação das considerações anteriores.

##### **4.1. A constitucionalização da disciplina da atividade econômica.**

A constitucionalização da disciplina da atividade econômica não se traduz na eliminação de variações inerentes à evolução das técnicas e soluções adequadas e indispensáveis à exploração dos recursos econômicos escassos.

###### **4.1.1. As variações da Economia e seus reflexos sobre o Direito.**

A ordem econômica na Constituição contempla a consagração dos princípios fundamentais a serem observados. Há um pequeno número de regras específicas e determinadas. Cabe ao legislador infraconstitucional o poder-dever de adequar a disciplina normativa às circunstâncias e características da realidade.

###### **4.1.2. Ainda a autonomia na exploração dos recursos econômicos.**

Essa característica apresenta intensidade diferenciada no âmbito da atividade econômica em vista da autonomia sob a qual se desenvolve. Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, no âmbito de um regime capitalista, asseguram aos agentes econômicos a liberdade para introdução permanente e contínua de inovações.

##### **4.2. Os reflexos sobre a atuação estatal no domínio econômico.**

Não seria procedente afirmar que a autonomia na modelagem das soluções no tocante à ordem econômica restringir-se-ia à esfera dos agentes privados.

---

<sup>15</sup> Confira-se o art. 2º da Lei Complementar 101/2000.

#### **4.2.1. A atuação direta do Estado e a dinâmica da realidade.**

A Constituição consagra tutela diferenciada em favor da autonomia privada na exploração dos recursos econômicos. As inovações contínuas que se produzem no âmbito privado repercutem sobre a atuação estatal.

Isso é evidente no tocante à exploração pelo Estado de atividades econômicas em sentido próprio. Atuando num mercado norteado pela autonomia privada e pela contínua inovação, as sociedades estatais são constrangidas a seguir os mesmos métodos e procedimentos que norteiam os agentes privados.

Mas essa influência também atinge os serviços públicos prestados por sociedades estatais, que se deparam com o desafio de implementar soluções próprias da iniciativa privada. A recusa ou impossibilidade de adotar o modelo inovador que caracteriza as empresas privadas conduz as estatais prestadoras de serviço público a uma defasagem que tende à inviabilização de sua atuação.

#### **4.2.2. A pluralidade de fatores supervenientes.**

Uma pluralidade de circunstâncias, verificadas ao longo do tempo, afetaram a concepção acima exposta, conduzindo à sua superação. Embora a dificuldade em apresentar um elenco exaustivo de fatores, alguns deles podem ser destacados.

São eles a complexidade da atividade econômica, a superação da noção tradicional de serviço público e a fragmentação de seu regime jurídico, a assunção do serviço público como uma atividade econômica em sentido restrito e a participação de sócios privados no capital de sociedades de economia mista e de suas subsidiárias. É relevante aprofundar essa análise.

### **5. O primeiro fator: a complexidade da atividade econômica.**

A complexidade da atividade econômica implica a dificuldade (senão a impossibilidade) de uma distinção rigorosa entre serviço público e atividade econômica em sentido restrito.

#### **5.1. A diferenciação normativa e a realidade concreta.**

A distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido restrito não é um dado da realidade. Trata-se de uma criação imposta pela ordem jurídica.

### **5.1.1. A exploração dos recursos econômicos como um conjunto indiferenciado.**

A exploração dos recursos econômicos para a satisfação de necessidades individuais e coletivas se configura como um conjunto indiferenciado de atuações. A distinção contemplada na CF/88 reflete uma proposta ideológica e axiológica, mas que não reflete uma diferença intrínseca à realidade.

### **5.1.2. A noção de serviço público como uma criação do direito.**

Justamente por isso, a qualificação de uma atividade como serviço público – ao menos, para o efeito da adoção de um regime jurídico próprio e diferenciado – depende de um ato legislativo específico. Arriscando despertar crítica feroz, não existe intrinsecamente nenhum serviço público.<sup>16</sup>

As atividades econômicas (entendidas em acepção ampla) são desenvolvidas de modo similar ao longo do tempo e nos diversos países. No entanto, alguns adotam o instituto do serviço público e outros não. Certas atividades são qualificadas como serviço público em um país e não o são em outro.

## **5.2. A inter-relação entre as atividades.**

Esse pressuposto permite compreender que, com grande frequência, a atividade de serviço público está interconectada com exploração econômica em sentido restrito.

### **5.2.1. O serviço público e as oportunidades econômicas.**

A prestação do serviço público envolve a exploração de recursos econômicos e a satisfação de necessidades individuais e/ou coletivas. No entanto, é muito frequente que os bens econômicos aplicados ao serviço público possam ser utilizados, de modo concomitante, para satisfação de outras necessidades autônomas. Por outro lado, as necessidades objeto do serviço público também podem ser atendidas, em muitos casos, por vias distintas do serviço público.

---

<sup>16</sup> Essa afirmativa exige uma ressalva, relacionada com a semântica. A expressão “serviço público” comporta uma pluralidade de acepções. Algumas atividades são indispensáveis e inerentes à satisfação de necessidades essenciais. Sob esse ângulo, poderiam ser qualificadas como “serviço público”. Mas o problema reside na configuração de um serviço público como uma atividade subordinada a regime jurídico diferenciado. Ou seja, a atividade somente será qualificada como de titularidade do Estado e subordinada a um regime jurídico diferenciado se for objeto de uma previsão normativa nesse sentido. Justamente por isso, a produção e a comercialização de alimentos e de medicamentos não se constituem, em face do direito brasileiro, em um “serviço público”. Em suma, a afirmativa da ausência de “serviço público intrínseco” reflete a acepção semântica utilizada para a expressão “serviço público”.

O exemplo mais evidente se relaciona com os serviços públicos de transporte coletivo. Essa atividade exige, de modo inafastável, infraestruturas materiais, destinadas a embarque, movimentação e desembarque de passageiros. Esses passageiros necessitam não apenas do serviço público de transporte propriamente dito. Também têm interesse numa pluralidade de outras utilidades, relacionadas a alimentação, lazer, negócios etc. Como decorrência, os terminais de passageiros comportam uma exploração empresarial no tocante a fornecimento de bens e de serviços.

### **5.2.2. A exploração econômica como instrumento para o serviço público.**

O aproveitamento de oportunidades no âmbito da atividade econômica em sentido restrito, quando conexas à prestação do serviço público, é obrigatório. Assim se passa porque os rendimentos propiciados pela referida exploração devem ser revertidos para a modicidade tarifária. Portanto, o custo para fruição do serviço público será mais reduzido porque o prestador obterá vantagens adicionais proporcionadas pelas atividades econômicas conexas.

### **5.3. Os reflexos relativamente às sociedades estatais.**

A interconexão entre serviço público e atividade econômica em sentido próprio produz reflexos muito problemáticos no tocante à qualificação da entidade estatal.

#### **5.3.1. Ainda a diversidade de regimes jurídicos.**

Admitindo-se que as sociedades estatais sujeitam-se a regime jurídico diverso conforme a natureza de sua atividade, surge uma grande dificuldade nas hipóteses de cumulação de objetos de diversa natureza.

#### **5.3.2. As estatais “mistas” ou “híbridas”.**

A relevância da exploração da atividade econômica acarreta a dificuldade do enquadramento de uma sociedade estatal originariamente orientada à prestação do serviço público. Surgem sociedades estatais que atuam concomitantemente nos dois setores, configurando-se como “mistas” ou “híbridas”.<sup>17</sup> Não existe uma solução satisfatória em tais hipóteses, tal como se evidenciou na decisão do próprio STF na ADPF 46.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> O autor já havia enfrentado essa problemática em trabalho antigo. Confira-se *Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público / exploração de atividade econômica”*. In: Marcelo Figueiredo; Valmir Pontes Filho. (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, 1. ed., v. 1, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 403-423.

<sup>18</sup> O processo versava indiretamente sobre o regime jurídico aplicável à ECT, que presta serviço público (serviços postais) concomitantemente com a exploração de atividades econômicas em sentido restrito.

### **5.3.3. A inviabilidade de uma qualificação precisa.**

O resultado é a inviabilidade de uma qualificação precisa e exata da natureza da sociedade estatal. Sob certos ângulos, configura-se uma prestadora de serviços públicos. Sob outros, é uma exploradora de atividade econômica. Não existe um regime jurídico híbrido compatível com essa situação e o resultado é a criação prática de soluções para o caso concreto, que não apresentam maior compatibilidade com o sistema jurídico.

## **6. O segundo desafio: a superação da noção tradicional de serviço público.**

Outro problema se relaciona com a superação da noção tradicional de serviço público.

### **6.1. A fragmentação e dispersão do regime jurídico.**

A crescente complexidade das atividades de serviço público conduziu à proliferação de normas jurídicas setoriais, dotadas de características próprias e inconfundíveis.

#### **6.1.1. O desaparecimento do regime jurídico único de serviço público.**

Deixou de existir um regime jurídico único de serviço público. Existem algumas características básicas comuns, que são essencialmente a titularidade estatal, o dever de serviço universal, a submissão a princípios e regras de direito público. No entanto, cada espécie de serviço público sujeita-se a normas específicas, que não mais apresentam cunho uniforme. Por exemplo, o serviço público de telefonia fixa subordina-se a regime jurídico muito distinto da transmissão de energia elétrica.

#### **6.1.2. A desintegração das atividades.**

Outro aspecto desse fenômeno é a dissociação entre as diversas etapas da atividade, de modo a reduzir a dimensão do serviço público somente a certos segmentos. O fenômeno é muito evidente no âmbito da energia elétrica, que contempla tratamento jurídico distinto para a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização. Rigorosamente, configuram-se como serviço público as atividades de transmissão e de distribuição de energia elétrica. Mas esse processo jurídico alcança também outras atividades de serviço público.

### **6.2. A eliminação total ou parcial do regime de serviço público.**

Esse processo de superação da noção tradicional resulta inclusive na eliminação total ou parcial da qualificação da atividade como serviço público.

#### **6.2.1. A submissão da atividade ao regime de direito privado.**

Atividades tradicionalmente qualificadas como serviço público passam a ser submetidas a regime de direito privado. Surgem atividades “sob regime de direito privado”, que se mantêm como serviço público apenas na denominação – tal como previsto, por exemplo, na Lei Geral de Telecomunicações.

#### **6.2.2. A atividade privada fortemente regulada pelo Estado.**

Essas atividades são subordinadas a uma regulação estatal rigorosa. Os requisitos para a sua prestação e as regras quanto ao desempenho são veiculadas pelo Estado. Até se pode negar a tais atividades uma configuração puramente privada, mas é evidente que a situação não se enquadra no conceito tradicional de serviço público.

#### **6.3. Os reflexos relativamente às sociedades estatais.**

As sociedades estatais são afetadas por essas variações dinâmicas da realidade jurídica, cujo resultado apresenta graus variáveis de inadequação.

##### **6.3.1. A multiplicidade dos regimes jurídicos das estatais.**

Um dos efeitos evidentes é a eliminação de um regime jurídico uniforme para sociedades estatais prestadoras de serviço público. A fragmentação da disciplina jurídica do instituto do serviço público – se é que ainda é possível aludir a um instituto – reflete-se sobre os diversos setores.

A sociedade estatal prestadora de um determinado serviço público não compartilha das mesmas regras aplicáveis àquela que atua em outro setor. Os problemas e dificuldades existentes nos diversos setores são heterogêneos, o que afasta a existência de uma categoria única de “estatal prestadora de serviço público”.

##### **6.3.2. A transformação da natureza da atividade.**

Outro fenômeno é a transformação da natureza da estatal em virtude da modificação do regime jurídico da atividade por ela desempenhada. A dissociação de atividades e a despublicização de certos segmentos repercute sobre a estatal. Originalmente uma prestadora de serviço público, a estatal passa a desenvolver atividades econômicas em sentido próprio. Um



exemplo evidente envolveu empresas federais do setor elétrico. Num momento anterior, eram titulares de serviços públicos de energia elétrica, o que compreendia a geração, a transmissão e a distribuição. As sucessivas reformas resultaram em que a empresa federal passou a exercer tanto serviço público como atividade econômica.

## **7. O terceiro desafio: a competição com particulares pelo serviço público.**

Uma outra questão relevante é a disputa entre sociedade estatal e outros particulares pelo serviço público.

### **7.1. A situação específica da atuação ultrafederativa.**

Um dos aspectos dessa questão pode ser denominado de atuação ultrafederativa, para indicar uma sociedade estatal que compete pela obtenção de serviços públicos de titularidade de outra esfera federativa.

#### **7.1.1. A origem do fenômeno: convênios e delegações.**

Essa situação originou-se especificamente da prática de convênios e delegações por um ente federativo para que o serviço público próprio fosse desempenhado por uma sociedade estatal integrante de esfera federativa distinta.

Os exemplos mais evidentes envolvem o saneamento e a energia elétrica. As empresas estaduais de saneamento foram configuradas originalmente como prestadoras de serviço público, atuando no âmbito dos Municípios – numa época em que não se questionava a natureza municipal de tais serviços. Usualmente, existia um convênio entre Município e Estado. Situação similar envolvia as empresas estaduais de energia, que recebiam da União a função de prestar serviços públicos federais.

#### **7.1.2. A eliminação do monopólio público e a competição com particulares.**

Vem-se verificando um processo de eliminação de monopólio público na prestação de serviços tais como de saneamento e de energia. Como decorrência, os entes federativos titulares da competência para prestar o serviço passaram a admitir concessões em favor da iniciativa privada.

No entanto, muitas sociedades estatais (estaduais, especialmente) começaram a disputar com os agentes privados a obtenção da concessão, inclusive participando de licitações.

### **7.1.3. A outorga de concessão em sentido próprio.**

Nesses casos, a sociedade estatal é investida da condição de concessionária do serviço público de titularidade de outra órbita federativa. Em tais hipóteses, é evidente que a sociedade estatal não pode ser beneficiada por qualquer vantagem relativamente aos agentes privados.<sup>19</sup> Competirá em igualdade de condições com os demais agentes privados e estará subordinada precisamente ao mesmo regime jurídico para ele reservado.

## **7.2. A competição pelo serviço público na própria esfera federativa.**

Situação semelhante se verifica relativamente à competição da sociedade estatal nos casos em que os contratos foram outorgados a ente da mesma órbita federativa.

### **7.2.1. A ampliação da competição.**

A hipótese surgiu em virtude da ampliação da competição. Em muitos setores, admite-se a participação da sociedade estatal na licitação para outorga de contrato pelo próprio ente estatal controlador. Essa situação tem ocorrido especialmente no âmbito da energia elétrica. Diversas sociedades estatais controladas pela União têm disputado contratações perante a própria controladora. Em muitos casos, existe competição inclusive entre as próprias sociedades estatais federais.

### **7.2.2. O tratamento isonômico com a iniciativa privada.**

Na situação examinada, a sociedade estatal é submetida a regime jurídico idêntico ao previsto para a iniciativa privada. Ou seja, ainda que ela tivesse sido qualificada, em algum momento, como prestadora de serviço público, passa a se subordinar ao regime próprio das exploradoras de atividade econômica.

## **7.3. Os reflexos relativamente às sociedades estatais.**

Nas diversas situações referidas, a qualificação formal da sociedade estatal se torna irrelevante. Mesmo a natureza jurídica da atividade desempenhada é insuficiente para

---

<sup>19</sup>Aliás, o art. 17, § 1º, da Lei 8.987 estabeleceu regra refletindo essa situação, fixando que “*Considerar-se-á, também, desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade*”.

determinar o regime jurídico a que se subordinará. Incidirão as regras da exploração de atividade econômica, especificamente no tocante à vedação de qualquer benefício ou vantagem não extensível à generalidade dos agentes privados.

## **8. O quarto desafio: a participação de sócios privados nas estatais.**

Um outro conjunto de eventos relaciona-se com a efetiva implantação da participação da iniciativa privada no capital das sociedades de economia mista prestadoras de serviço público.

### **8.1. O recurso ao capital privado e suas implicações.**

A concepção da participação da iniciativa privada no capital de empresas privadas já se afirmou há longo tempo. As sociedades de economia mista vêm sendo constituídas há muito. Mas algumas inovações ocorreram mais recentemente.

#### **8.1.1. A participação privada diluída.**

Em muitos casos, a participação do investidor privado no capital da sociedade de economia mista é diluída. Existem milhares (se não milhões) de pequenos investidores, nenhum dos quais é titular de direitos que o habilitem a uma intervenção efetiva na condução dos negócios. Os dois grandes exemplos são a Petrobras e o Banco do Brasil.

#### **8.1.2. A participação concentrada de investidor privado determinado.**

No entanto, tornou-se comum a situação de um investidor privado específico adquirir participação societária relevante em sociedade estatal, habilitando-o a exercer poderes na condução dos negócios sociais.

Nesse caso, a sociedade estatal prestadora de serviço público passa a ser gerida em comum acordo com investidores privados. Esses investidores são orientados à busca do lucro — situação que não apresenta qualquer irregularidade.

#### **8.1.3. A vedação a outorga de benefícios diferenciados.**

Em tais situações, torna-se problemática a atribuição de benefícios diferenciados em favor da sociedade estatal. A participação do investidor privado e a instrumentalização da entidade à produção de lucros são incompatíveis com benefícios reservados para as típicas sociedades estatais. O obstáculo deriva de que a vantagem reverterá para o patrimônio privado, não mais estando presentes os pressupostos de benefício exclusivamente para a comunidade<sup>20</sup>.

## **8.2. Os reflexos relativamente às sociedades estatais.**

A sociedade estatal que conjuga capitais públicos e privados é um instrumento para o investimento dos sujeitos privados. A obtenção de resultados satisfatórios, de que decorra a distribuição de dividendos, reflete a exploração econômica própria do mercado. A atribuição de vantagens a uma sociedade estatal, sob o fundamento de configurar-se ela como prestadora de serviço público, não é justificável nas hipóteses em que a condução dos negócios e a partilha dos resultados é compartilhada entre Estado e um investidor privado específico.

## **9. O enquadramento da Lei 13.303 no cenário exposto.**

A exposição acima permite compreender a superação do modelo clássico consagrado na CF/88. A diferenciação de regime jurídico entre as sociedades estatais, tomando por fundamento o critério da natureza da atividade, tornou-se inadequada e insuficiente com a dinâmica da realidade.

### **9.1. A solução consagrada no art. 1º da Lei 13.303 e o conceito de empresa.**

A Lei 13.303 adotou um critério distinto daquele tradicional para diferenciar o tratamento jurídico entre as sociedades estatais. Ao invés de recorrer ao critério da natureza material da atividade desempenhada, optou pela solução que distingue o modo de organização dessa atividade.

---

<sup>20</sup>Esse fundamento é mais um argumento contrário à orientação jurisprudencial que tem prevalecido no STF, no sentido de que sociedades de economia mista prestadoras de serviço público estariam legitimadas a receber tratamento reservado para autarquias. Nesse sentido, confirmam-se as decisões proferidas nos seguintes julgados: ACOs 958 e 865, RE 220.906 e AgRg no RE 399.307. O autor discorda da orientação jurisprudencial em questão.

### 9.1.1. A redação do art. 1º da Lei das Estatais.

É indispensável transcrever a redação do art. 1º da Lei 13.303 para evidenciar a complexidade da solução consagrada. O dispositivo é o seguinte:

“Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços**, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos” (original sem negrito).

O trecho destacado (“*que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços*”) apresenta grande relevo normativo e se constitui no fundamento direto da atividade hermenêutica.

### 9.1.2. A relação direta com o art. 966 do Código Civil.

A solução adotada pelo art. 1º da Lei 13.303 apresenta vínculo direto com a disciplina do art. 966 do Código Civil, abaixo reproduzido: “*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”.

Portanto, o Código Civil reputa que empresa <sup>21</sup> consiste na atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

### 9.1.3. A aplicação da Lei 13.303 às entidades organizadas como “empresa”.

Isso significa que a Lei 13.303 reservou o regime jurídico por ela instituído para as entidades estatais organizadas como empresa, na acepção técnicojurídica prevalente no Direito Comercial.

Dito de outro modo, as regras da Lei 13.303 não são aplicáveis a entidades estatais que não sejam qualificadas como empresa.

### 9.1.4. A ausência de aplicação a toda e qualquer prestadora de serviço público.

---

<sup>21</sup>Nesse ponto, é fundamental ter em vista que a expressão “empresa”, no Direito Comercial, não é sinônimo de “pessoa jurídica”. Tal como adiante será mais bem exposto, existem pessoas jurídicas empresárias e pessoas jurídicas não empresárias. Essa distinção é plenamente aplicável ao âmbito das entidades estatais. É evidente que o raciocínio é dificultado pela circunstância de ter-se difundido a expressão “empresa estatal” para indicar toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado sob controle direto ou indireto do Estado. Mas o problema é meramente semântico: a expressão “empresa” possui acepções muito diversas nos vários ramos do direito.

Nessa linha, a Lei 13.303 não determinou a sua aplicabilidade a toda e qualquer entidade estatal prestadora de serviço público. Aliás, se a vontade legislativa fosse de alcançar todas as prestadoras de serviço público, a redação legislativa seria outra, muito mais simples. O art. 1º teria simplesmente estabelecido que o seu regime seria aplicável a todas as sociedades sob controle direto ou indireto do Estado.

Mas o referido art. 1º estabeleceu que as regras da Lei das Estatais apenas seriam aplicáveis a algumas das sociedades sob controle do Estado. Houve a qualificação das sociedades estatais, aludindo-se à exploração sob forma empresária.

## **9.2. A evolução do Direito Comercial e o conceito de empresa.**

A compreensão mais adequada da problemática pode ser obtida por uma breve incursão no âmbito do Direito Comercial, que experimentou uma disputa muito intensa para delimitação de seu âmbito de aplicação.

### **9.2.1. A bipartição do Direito Privado.**

Um dos temas clássicos do Direito Privado é a dissociação entre Direito Civil e Direito Comercial. Ao longo do tempo, esses dois ramos têm convivido, com disputas intensas sobre o critério apropriado para diferenciar o âmbito de sua aplicação.

### **9.2.2. O critério da natureza da atividade.**

A orientação prevalente no passado fundava-se na natureza da atividade desenvolvida. Reputava-se que o Direito Comercial disciplinava o “comércio”, enquanto as demais atuações no âmbito privado seriam subordinadas ao Direito Civil.

Essa distinção resultou na proposta da existência de “atos de comércio”, que seriam intrinsecamente mercantis ou que poderiam ser assim qualificados em virtude da prática reiterada. Essa concepção permeava o Código Comercial brasileiro de 1850<sup>22</sup>.

### **9.2.3. A prevalência do critério do modo de organização da atividade.**

A evolução da exploração econômica conduziu à superação do critério da natureza da atividade, passando a prevalecer o critério do modo de organização da exploração. Admitiu-

---

<sup>22</sup>Para um aprofundamento sobre o tema, confira-se o pensamento de RUBENS REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, 30. ed., v. I, São Paulo: RT, 2011, p. 66 e ss.

se que o Direito Comercial dispunha sobre a exploração profissional dos recursos econômicos, organizada para a produção ou comercialização de bens ou para a prestação de serviços. Em suma e tal como veio a ser contemplado no Direito Italiano, reputou-se que o critério do Direito Comercial era a existência de uma atividade empresarial.<sup>23</sup>

A expressão empresa pode ser utilizada para indicar o sujeito (pessoa física ou jurídica) que explora uma atividade empresarial. No entanto, a acepção mais própria é aquela referida à organização empresarial.

#### **9.2.4. A distinção entre Direito Comercial e Direito Civil.**

O Código Civil de 2002 promoveu a unificação legislativa do direito privado brasileiro, tal como se passara em outros países. Mas isso não significou a eliminação do Direito Comercial. As atividades empresariais – com algumas ressalvas – são subordinadas a regras específicas. O próprio Código Civil de 2002 diferenciou as sociedades empresárias e as sociedades simples (tal como previsto no art. 982<sup>24</sup>).

#### **9.3. A Lei 13.303 e a relevância do modo de organização.**

A Lei 13.303 incorporou a distinção entre sociedades empresárias e não empresárias, dando-lhe aplicação no âmbito das entidades estatais.

##### **9.3.1. As entidades estatais empresárias e o Direito Comercial.**

A vedação constitucional à instituição de benefícios ou vantagens não extensivas aos agentes privados já representava a imposição de aplicação do Direito Comercial às entidades estatais exploradoras de atividade econômica.

O regime jurídico próprio para os agentes privados, que atuam de modo organizado e profissional no setor privado, é aquele do Direito Comercial.

##### **9.3.2. O critério legislativo de qualificação.**

---

<sup>23</sup> Para uma exposição mais aprofundada sobre o tema, confira-se a obra do autor *O Imposto sobre Serviços na Constituição*, São Paulo: RT, 1985. Como não poderia deixar de ser, o enfoque se alicerça sobre o clássico estudo de ALBERTO ASQUINI, *Perfis da Empresa*, cuja versão em português está publicada na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, trad. Fábio Konder Comparato, v. 104, p. 109 e ss, out./dez., 1996

<sup>24</sup> *Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais”.*

Ora, a incidência do regime básico de Direito Comercial à entidade estatal organizada como empresa era uma decorrência do próprio sistema de Direito Privado. Essa sistemática jurídica não se subordina à natureza da atividade desempenhada. Ou seja, o próprio Direito Comercial considera irrelevante determinar se a atividade objeto da exploração consiste no fornecimento de bens ou na prestação de serviços.

### **9.3.3. A entidade estatal organizada como empresa privada.**

Portanto, as entidades estatais organizadas como empresa foram subordinadas formalmente pela Lei 13.303 ao regime correspondente, afastando-se a relevância da natureza do objeto da atividade.

### **9.3.4. A entidade estatal não organizada como empresa.**

Nada impede, no entanto, que a entidade estatal não esteja organizada como empresa. Assim se passará, por exemplo, nas hipóteses em que a dita entidade atuar como uma *longa manus* da própria Administração Pública – valendo-se, inclusive, das prerrogativas e dos procedimentos inerentes ao Direito Administrativo. Em tais hipóteses, a entidade não se subordinará à Lei 13.303, eis que não exercitará atividade organizada para a produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços.<sup>25</sup>

## **10. Conclusão: a constitucionalidade da solução.**

O modelo consagrado na Lei 13.303 não é incompatível com a Constituição, ainda que possa ser heterodoxo em face da doutrina clássica do Direito Administrativo. A Constituição não consagrou distinção específica, rígida e insuperável entre as estatais exploradoras de atividade econômica e as prestadoras de serviço público. Essa diferenciação foi delineada na prática e pelo trabalho da doutrina.

A Lei 13.303 contemplou solução adequada à evolução das circunstâncias econômicas. Ela deixou de lado a distinção fundada na natureza da atividade e reconheceu que a diferenciação entre exploração de atividade econômica e prestação de serviço público tornou-

---

<sup>25</sup>Deve-se ressaltar que a forma de sociedade anônima não apresenta relevância para determinar a qualificação da entidade como empresa. Essa advertência é relevante porque a generalidade das entidades estatais está constituída sob forma de companhia.



se insuficiente para determinar o regime jurídico aplicável as entidades estatais dotadas de personalidade de direito privado. O reconhecimento da submissão das sociedades estatais, quando organizadas sob forma empresarial, às normas de Direito Comercial representa uma evolução não apenas compatível com a Constituição, mas indispensável à sua atuação eficiente como sujeitos privados.