

O Estado e suas empresas

HELLY LOPES MEIRELLES

Advogado e Professor de Direito em São Paulo.

SUMÁRIO

- I — As atividades típicas e atípicas do Estado
- II — As formas de intervenção estatal na nossa Constituição
- III — As empresas privadas e a concorrência do Estado
- IV — Conclusão

I — As atividades típicas e atípicas do Estado

1. Sempre se reconheceu ao Estado a sua missão primordial de prestador de serviços públicos aos administrados, chegando mesmo DUGUIT a afirmar que só essa condição é que justifica a sua existência (**Manuel de Droit Constitutionnel**, Paris, 1923, págs. 71 e segs.). Mas os serviços estatais se foram ampliando, desde aquelas atividades próprias do Poder Público (segurança, justiça, defesa nacional etc.) até atingir a área da iniciativa privada e da economia particular dos cidadãos. Assim, os Estados de economia socializada apropriaram-se dos meios de produção e os de orientação capitalista mantiveram-nos com o empresariado mas sob controle dos mercados e de seu desenvolvimento em relação às necessidades do consumo.

2. Deste modo, os Estados modernos passaram a exercer atividades típicas (serviços públicos) e atípicas do Poder Público (serviços da iniciativa privada), umas e outras regradas pela Constituição e delimitadas pelas leis

pertinentes. Nas atividades estatais típicas enquadram-se aquelas que dizem respeito à preservação da soberania nacional, à segurança interna, à ordem pública, à organização política e administrativa; nas atividades atípicas alinham-se as de amparo social, de fomento e complementação à iniciativa privada de interesse coletivo, de condicionamento do uso da propriedade particular, de intervenção no domínio econômico enfim. Para o caso em exame só nos interessa a conduta do Estado no controle da ordem econômica e de sua participação em atividades empresariais originariamente pertencentes à iniciativa privada.

3. A intervenção na propriedade e na ordem econômica se manifesta em cada Estado por variadas formas e diversificados meios de atuação, e invade quase todos os recantos da atividade privada, antes preservados pelo individualismo, como acentuou LOEWENSTEIN neste passo:

“Las intervenciones de la autoridad pública en la vida privada de los ciudadanos se han elevado a un grado máximo, en lugar de limitarse a un mínimo como quería el capitalismo clásico del *laissez faire*. La distribución más igualitaria de la riqueza y de la renta nacional ha influido profundamente en el alcance y en la importancia de las libertades individuales clásicas. Las intervenciones gubernamentales en el proceso económico y la reglamentación estatal de los negocios y de las empresas ha limitado la libertad de contrato e incluso el recinto más sacrosanto del liberalismo clásico, la ilimitada disposición de la propiedad” (KARL LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, Chicago, 1961, trad. esp. Ariel, Barcelona, 1965, pág. 399).

4. Mas essa intervenção estatal há de conter-se nos lindes constitucionais e pautar-se pelas normas legais que a disciplinam, sob pena de invalidade da atuação do Poder Público na contenção da iniciativa privada ou na invasão da área reservada às empresas particulares. A intervenção na propriedade e no domínio econômico não é faculdade discricionária do Estado; é atividade vinculada aos preceitos da Constituição e da lei. Não é lícito, assim, ao Estado extrapolar o campo de sua atuação para operar na área da iniciativa privada, em competição com a empresa particular enquanto esta estiver atendendo satisfatoriamente o mercado consumidor de seus produtos ou de seus serviços. Essa é a orientação da nossa Constituição, como veremos a seguir.

II — As formas de intervenção estatal na nossa Constituição

5. A Constituição da República Federativa do Brasil (Emenda nº 1, de 1969) admite a intervenção estatal na propriedade e no domínio econômico por três formas, a saber: pelo condicionamento do uso da propriedade à função social (art. 160); pela intervenção corretiva no domínio econômico, inclusive o monopólio (art. 163), e pela exploração direta, mas supletiva,

de atividade econômica da iniciativa privada (art. 170, §§ 1º a 3º). As duas primeiras modalidades não nos interessam neste estudo, mas somente a última, cujo dispositivo correspondente assim dispõe:

“Art. 170 — As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º — Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2º — Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3º — A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.”

6. Pelas disposições acima transcritas se evidencia que, no nosso sistema constitucional, as atividades econômicas competem originária e preferencialmente à iniciativa privada (art. 170, **caput**), só cabendo ao Estado **suprir** as deficiências das empresas particulares quando estas se revelarem incapazes de atender à demanda do mercado. A intervenção do Estado será sempre supletiva e nunca substitutiva ou competitiva com a atividade privada. Esta afirmação do § 1º do art. 170 está reafirmada pelo art. 163 que só faculta a intervenção no domínio econômico “para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais”. Tão relevante é essa diretriz constitucional, que o atual “Plano Nacional de Desenvolvimento — III PND”, aprovado pela Resolução 1, de 5-12-79, do Congresso Nacional, declara enfaticamente:

“As definições e opções deste Plano Nacional de Desenvolvimento para 1980/85 têm por base:

.....
VI — o reconhecimento também da opção brasileira pela economia de mercado, onde o planejamento do desenvolvimento e toda a atuação governamental deve voltar-se para a orientação, apoio e estímulo aos setores privados, limitando-se o Governo, como produtor e investidor, aos campos e atividades exigidos pelo interesse e segurança nacionais e aos projetos não desejados ou inviáveis pela livre iniciativa” (Cap. I do III PND para 1980/85).

7. A essa atuação estatal **incentivadora e complementar** da iniciativa privada a doutrina constitucional moderna dá-lhe a denominação de “princípio da subsidiariedade” pela sua função supletiva da empresa particular

naquilo que não está ao seu alcance prover satisfatoriamente (cf. VITAL MOREIRA, **A Ordem Jurídica do Capitalismo**, Coimbra, 1973, págs. 221 e segs.). Por esse princípio — acolhido expressamente pela nossa Constituição, art. 170, § 1º — o Estado não pode invadir o campo econômico das empresas privadas, salvo para suprir-lhes deficiências. Se o fizer, incorrerá em afronta à própria Constituição.

8. Outra diretriz constitucional é a da **igualdade econômica**, ou seja, da paridade de situação entre a empresa privada e a empresa estatal, quando esta vier a suplementar a iniciativa daquela, nos casos admitidos pela própria Constituição (art. 170, §§ 2º e 3º). Bem a propósito, em recente e douta monografia sobre o assunto, o Professor MUKAI escreveu:

“Na Constituição brasileira configura-se este princípio (da subsidiariedade) pelo disposto nos parágrafos segundo e terceiro do art. 170; o primeiro impondo que em setores não monopolizados, portanto, em setores onde concorrem empresas privadas e públicas, deve existir igualdade jurídica; o segundo, determinando que a empresa pública (*lato sensu*) que explorar atividade não monopolizada sujeitar-se-á ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas” (TOSHIO MUKAI, **Participação do Estado na Atividade Econômica — Limites Jurídicos**, ed. RT, São Paulo, 1979, pág. 56).

9. Nós mesmos, ao cuidar das entidades paraestatais, sustentamos a liberdade de sua criação por qualquer forma e por qualquer das entidades estatais (União, Estados, Municípios) tanto para executar serviços públicos quanto para realizar atividades econômicas, mas neste último caso ressaltando sempre o seu caráter **suplementar** da iniciativa privada, e assim dissemos:

“Esta liberdade administrativa está concedida pela Constituição da República a todas as entidades estatais que julguem conveniente descentralizar seus serviços ou explorar atividades econômicas em caráter **suplementar** da iniciativa privada. Para estas, o texto constitucional permite a criação de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, revestindo qualquer forma, desde que nas suas operações empresariais se sujeitem às normas das empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações (art. 170, §§ 1º e 2º). O que a Constituição submete às normas do direito privado não é, portanto, a instituição e a organização da empresa ou da sociedade; é a sua atividade empresarial. Esta, sim, não pode afastar-se das normas civis, comerciais, trabalhistas e tributárias pertinentes, para que não se faça concorrência desleal à iniciativa privada” (nosso **Direito Administrativo Brasileiro**, 8ª ed., RT, São Paulo, 1981, pág. 332).

10. O que está explícito na Constituição da República é a vedação da concorrência do Estado às atividades econômicas reservadas precipuamente

às empresas privadas. Nessa área o Poder Público só poderá atuar em igualdade de condições com as empresas particulares e quando a produção de bens ou os serviços destas forem insuficientes para as exigências do mercado. Fora dessa hipótese e sem o requisito da **supletividade** não é lícito ao Estado entrar no mercado de obras, serviços ou produtos industriais da economia privada. As únicas exceções constitucionais que legitimam o Estado-empresário são a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais (art. 163).

III — As empresas privadas e a concorrência do Estado

11. Verifica-se, entretanto, que há no País muitas empresas do Estado competindo com a iniciativa privada numa verdadeira concorrência desleal e inconstitucional, visto que a Constituição só permite a disputa de mercado entre as empresas particulares e não entre estas e as paraestatais. O que a Lei Maior admite é a **complementação** pelas empresas paraestatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) do que estiver faltando no mercado para pleno atendimento dos consumidores. A reserva do mercado é para as empresas privadas; somente na insuficiência de suprimento pelos particulares é que pode o Estado implantar suas empresas a fim de suprir a falta de atividade econômica reclamada pelos consumidores.

12. Não se confunde **atividade econômica** com **serviço público**: no desempenho deste o Estado é livre para executá-lo direta ou indiretamente sem qualquer limitação na sua operacionalidade, na remuneração e no modo de prestação aos usuários; no exercício daquela (atividade econômica), por si ou por suas empresas, ele está constrangido pelas regras constitucionais a não competir com a iniciativa privada e a só entrar no mercado quando houver falta do produto das empresas particulares. Fora dessa hipótese não se admite a intromissão do Estado ou de seus estabelecimentos empresariais no campo da iniciativa particular, que por ele deve ser **estimulada** e **apoiada** para o desenvolvimento da atividade econômica, como determina explicitamente o art. 170 da Constituição federal e seus parágrafos.

13. Outra possibilidade constitucional de atuação do Estado é a da “intervenção no domínio econômico e a do monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais” (art. 163). Mas ainda aqui o Estado não fica inteiramente livre para intervir ou monopolizar. Sujeita-se ao condicionamento constitucional de atuar “mediante lei federal”, e desde

que a intervenção ou o monopólio se justifique por motivo de segurança nacional ou seja necessário para a organização da economia em setor no qual a iniciativa privada esteja ausente ou tenha falhado na sua atuação.

14. Vê-se, pois, que tanto para a exploração de atividade econômica por empresa pública ou por sociedade de economia mista (Constituição federal, art. 170 e §§), quanto na intervenção direta no domínio econômico ou para o monopólio de indústria ou atividade (Constituição federal, art. 163), o Estado há que atender aos pressupostos constitucionais que legitimam a sua atuação, e em todos os casos deverão estar presentes as situações fáticas que autorizem a sua entrada no campo até então reservado à iniciativa privada. A despeito desses condicionamentos constitucionais, o que se tem verificado no Brasil em todos os níveis governamentais — federal, estadual e municipal — é a freqüente invasão da área da atividade privada por empresas públicas e sociedades de economia mista, que entram em acintosa competição com o empresariado particular ofertando produtos e serviços já postos no mercado por empresas privadas, idôneas e especializadas que suprem satisfatoriamente as exigências do consumo e competem lealmente entre elas, dentro da lei da oferta e da procura. E o pior é que as organizações do Estado muitas vezes obtêm privilegiadamente o contrato, e com dispensa de licitação, numa autêntica **concorrência desleal** — e inconstitucional — às suas congêneres particulares.

15. Esse desrespeito à Constituição da República tem propiciado a criação de numerosas empresas paraestatais, inúteis e deficitárias, que, além de onerosas ao orçamento público, provocam o desestímulo à iniciativa privada e levam ao aniquilamento as atividades particulares congêneres. Tais empresas oficiais só aumentam a área do empreguismo e das mordomias que tanto dessangram o erário e desmoralizam as Administrações Públicas a que pertencem. Urge se ponha um paradeiro a essas paraestatais, quer pelo próprio Estado que já vem desestatizando suas empresas ociosas, quer pela reação do empresariado particular, prejudicado em suas legítimas atividades econômicas.

IV — Conclusão

16. Sendo inconstitucional a atividade competitiva do Estado em setores da economia privada, as empresas particulares lesadas pela conduta estatal podem — e devem — opor-se à criação e funcionamento das sociedades de economia mista e das empresas públicas federais, estaduais ou municipais, cujos objetivos de operacionalidade conflitem com a garantia constitucional da **não competitividade**. E essa oposição pode concretizar-se até mesmo em ação judicial para impedir a afronta à Constituição e a lesão ao direito subjetivo dos empresários que estiverem suprindo plenamente a demanda do mercado e se virem prejudicados pela competição ilegítima do Estado através de suas empresas paraestatais, pois que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura” (Código Civil, art. 75).