A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA E A ATIVIDADE ECONÔMICA NO ÂMBITO DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. EMPRESAS ESTATAIS. ATIVIDADE ECONÔMICA. ATIVIDADE ECONÔMICA NOS MUNICÍPIOS.

Alex Santana Neves
(Advogado)
alexsneves@hotmail.com

I – DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Ultrapassada a fase do exacerbado liberalismo, na qual figurava o Estado minimalista, cuja atividade restringia-se quase exclusivamente à defesa externa e segurança interna, o Poder Público passou a assumir novos encargos no campo social e econômico.

Dessa nova configuração do Estado originou-se a necessidade de aliviar a Administração centralizada, encontrando novas formas de gestão dos serviços públicos e maior flexibilidade operacional no exercício da atividade privada assumida pelo Poder Público. Nesse sentido, ganha relevância a descentralização administrativa, pela qual o Poder Público destaca um serviço que lhe é próprio para transferi-lo, por outorga, ou apenas delegar sua execução, a outra entidade, com personalidade jurídica própria, bem como confere a algumas dessas estas entidades o encargo de atuar no âmbito de atividade reservada essencialmente à iniciativa privada.

Destarte, como bem explicitado na preclara lição da Prof. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, surgem dois vetores paralelos a nortear os novos caminhos da Administração Pública: *"de um lado a idéia de especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados, e que justificou e ainda justifica a existência de autarquias, e de outro lado, mas com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado, em especial a de natureza comercial e industrial"*.

II – EMPRESAS ESTATAIS

Para o desenvolvimento da atividade comercial ou industrial do Estado, revelou-se mais adequada a forma empresarial, motivo pelo qual surgiram as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Ambas possuem a vantagem da flexibilização no que concerne às sujeições e restrições que vinculam os órgãos da Administração centralizada. Particularmente, as sociedades de economia mista atraíram o Estado pela possibilidade de acumular grande volume de recursos financeiros que este, sozinho, não conseguiria levantar.

Assim sendo, as empresas estatais integram a Administração Indireta, fazendo parte, portanto, da estrutura orgânica do Estado. Por tal motivo, neste particular, os doutrinadores

Maria Sylvia Z. Di Pietro e Celso Antonio B. de Melo divergem do mestre Hely Lopes Meirelles, que classifica as referidas empresas estatais como "paraestatais". Como explana o próprio Hely Lopes, o étimo da palavra paraestatal está a indicar que se trata de ente disposto paralelamente ao Estado, ao lado do Estado, portanto, fora dele. Deste modo, pelas próprias razões apresentadas pelo mestre, o termo "paraestatais" se apresenta manifestamente inadequado para intitular as empresas estatais, conforme aclara a moderna doutrina administrativista.

Em que pese alguns traços distintivos, as sociedades de economia mista e as empresas públicas possuem diversas características em comum, que lhes conferem a qualificação de empresas estatais, quais sejam: criação autorizada por lei, personalidade jurídica de direito privado, vinculação aos fins definidos na lei instituidora, sujeição ao controle estatal da legalidade e especialização dos fins, derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público fundadas na Constituição, sujeição à falência, e desempenho de atividade de natureza econômica.

A competência para instituir entidades paraestatais é ampla, cabendo tanto à União como aos Estados-membros e Municípios criar esses instrumentos de descentralização de serviços de interesse coletivo, respeitadas as normas expressas da Constituição, a legislação infraconstitucional e o Princípio Constitucional da Simetria.

De bom alvitre atentar que, em que pese a criação de tais entidades ser matéria administrativa, afeita a todas as entidades da federação, a forma civil ou comercial conferida a tais entidades para sua personificação é matéria de Direito Privado pertencente exclusivamente à União, por expressa reserva constitucional.

Alguns doutrinadores defendem que a forma usual da sociedade de economia mista tem sido a anônima, obrigatória apenas para a União, em razão do Dec. Lei 200/67, art. 5º, III, mas não para as demais entidades estatais. Defendem que, como referido Decreto é aplicável somente na esfera federal, pois regula a organização da Administração Federal, Estados e Municípios não se sujeitam a essa exigência, podendo definir livremente a forma comercial que melhor lhes aprouver.
.
Atualmente, entretanto, a Lei das Sociedades por Ações, de âmbito nacional, impõe a organização da sociedade de economia mista sob a forma de sociedade anônima, dedicando um capítulo a tais entidades, nos termos dos arts. 235 a241, pelo que não há que se debater sobre tal dúvida, espancada pela Legislação Comercial em vigor.

Nestes termos, como Estados e Municípios não dispões de competência para legislar sobre Direito Civil e Comercial, devem obedecer às sujeições estabelecidas na Lei das Sociedades Anônimas, de âmbito nacional, que lhes retira a possibilidade de adotar outra forma de organização para as sociedades de economia mista.

Já no que concerne às empresas públicas, a situação é diferente. Isto porque o Dec. Lei nº 200/67 determina que estas entidades sejam estruturadas sob qualquer das formas admitidas em direito, podendo ser, portanto, civil ou comercial.

A expressão qualquer das formas admitidas em Direito abre uma lacuna para que a União defina a estrutura civil ou comercial que dará à empresa pública, podendo optar entre as formas já disciplinadas pelo direito comercial, ou até mesmo adotar forma inédita a ser prevista na lei específica que a instituir.

Já para os Estados e Municípios a possibilidade de escolha é mais restrita. Estas entidades políticas não possuem competência para legislar sobre Direito Civil ou Comercial, não sendo alcançadas pela liberdade conferida no referido Decreto Lei, no que diz respeito à possibilidade de adotar forma inédita para a empresa pública. Deste modo, terão que adotar uma das modalidades de sociedade já disciplinadas pela legislação comercial.

III – ATIVIDADE ECONÔMICA

Cotejando as doutrinas dos maiores administrativistas, verifica-se uma especial divergência na conceituação do que seja atividade econômica, objeto atuação das empresas estatais.

Celso Antônio Bandeira de Mello, faz total separação entre os conceitos de atividade econômica e de serviços públicos. Para o eminente doutrinador, estes não se confundem e até se excluem, asseverando que para ambas as atividades estão legitimadas as empresas estatais. Assim sendo, os serviços públicos prestados por tais empresas não estariam inseridas no conceito de atividade econômica. Quando atuarem na atividade econômica o regime jurídico será o do artigo 173 da Constituição Federal, ao passo que, quando prestadoras de serviços públicos submetem-se ao regime do artigo 175 da Carta Constitucional.

Já a igualmente respeitada doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, explica esta distinção de outro modo. Para ela, o objeto de atuação das empresas estatais é sim a atividade de natureza econômica, dentro do qual se inserem as espécies: intervenção do Estado no domínio econômico (submetido ao regime do art. 173 da CF) e serviço público de natureza comercial e industrial assumido pelo Estado (submetido ao regime do 175 da CF).

Apesar de ambos chegarem à mesma conclusão, parece-nos que a Prof. Maria Sylvia faz um melhor enquadramento das atividades exercidas pelas empresas estatais, coerentemente com o próprio conceito e sentido de existir de tais entidades.

Se adotarmos a classificação do Prof. Celso Antonio, no que concerne ao objeto de atuação das empresas estatais, nos debateríamos com uma interessante e inexplicável pergunta: se as empresas estatais foram criadas justamente para atuar na esfera privada, por que se conferir a estas entidades a prestação de algum serviço público que em nada se confunde com a atividade econômica?

Ora, para a prestação de serviços públicos o Estado criou uma entidade da administração indireta com capacidade específica (Princípio da Especialização): a autarquia tem praticamente as mesmas prerrogativas e sujeições da Administração Direta, aparecendo perante terceiros como a própria Administração Pública. O sentido de existir das autarquias

é justamente a prestação de serviços públicos, motivo pelo qual muitos a intitulam de "serviço público personalizado".

Já o sentido de existir das empresas públicas, como já esposado acima, é justamente o desenvolvimento de atividade comercial ou industrial do Estado, para a qual a forma empresarial revelou-se mais adequada, por possuem a vantagem da flexibilização e possibilidade de acumular grande volume de recursos financeiros que este, sozinho, não conseguiria levantar.

Por que, então, conferir a estas empresas a prestação de serviço público?

A resposta é conseguida se adotarmos a classificação de M. S. Di Pietro. Para ela, os serviços públicos que são prestados pelas empresas estatais estão inseridas no conceito de atividade econômica, ao lado da intervenção no domínio econômico. Estes serviços públicos são de natureza industrial e comercial, possuem, portanto, características que lhes dão uma nuance de atividade econômica e cuja exploração interessam à iniciativa privada.

Conforme conceitua Hely Lopes Meirelles, serviços industriais são os que produzem renda para quem os presta, mediante a remuneração da utilidade usada ou consumida, remuneração esta que tecnicamente se denomina tarifa ou preço público.

Logo, tais atividades interessam àquelas entidades que assumem a forma empresarial e cuja atuação desenvolve-se com os princípios da iniciativa privada, com algumas derrogações por normas públicas.

Por tal motivo, o Estado aplica as empresas públicas na prestação de tais serviços, cuja rentabilidade torna adequada tal delegação, de sorte que, os conceitos de serviço público e atividade econômica não são antagônicos.

IV – ATIVIDADE ECONÔMICA NOS MUNICÍPIOS

Em relação á atividade econômica exercida diretamente pelos Municípios, cumpre consolidar sua legitimidade.

Estas unidades que integram a Federação possuem perfeita legitimidade para atuar no domínio econômico, desde que fundamente sua intervenção no interesse local.

Como bem explica Hely Lopes Meirelles, interesse local não significa interesse exclusivo do Município. O que caracteriza o interesse local, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estrado ou da União.

O prof. Sampaio Dória soube realçar esse conceito, referindo-se ao "peculiar interesse". Para o Professor, a diferença entre peculiar e privativo está na idéia de exclusão: privativo importa exclusão, e peculiar não.

A intervenção na atividade econômica, em que pese o precípuo interesse da União em termos macroeconômicos, também se revela pertinente ao Município no que apresentar importância para o seu desenvolvimento. Afinal, já ensinava o Prof. Sampaio Dória que "O *entrelaçamento dos interesses dos Municípios com os interesses dos Estados, e com os interesses da Nação, decorre da natureza mesma das coisas. O que os diferencia é a PREDOMINÂNCIA, e não a exclusividade"*.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. Ver. Atual. Amp., São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.