
**PROCURADORIA DAS EMPRESAS ESTATAIS FEDERAIS: UMA
GARANTIA CONTRA A CORRUPÇÃO*****ATTORNEY OF FEDERAL GOVERNMENT COMPANIES: A SHIELD
AGAINST CORRUPTION*****EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA**

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Professor Assistente Doutor nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Coordenador da Pós-Graduação Lato Sensu e Vice-Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Marília. Advogado e parecerista.

RESUMO

O escopo do presente trabalho é analisar a importância da representação jurídica das empresas estatais, considerando as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que, a despeito de sua personalidade privada, exercem, quase sempre, funções públicas de alto relevo, razão pela qual merecem proteção especial do Estado, com disposições próprias na Constituição. Diante da importância de tais empresas, imprescindível o cuidado com a Advocacia responsável por sua representação, tendo-se, além do relevante papel de tais empresas, a notória e protegida figura do advogado público. O exercício de tal mister deve, a nosso ver, receber uma nova roupagem, por meio da criação da Procuradoria das Empresas Estatais, protegendo-se, assim, a figura dos advogados públicos, sua autonomia e independência, e, conseqüentemente, o interesse público defendido por tais empresas, minimizando ao máximo possibilidades de atendimento a interesses privados que não coadunam com as necessidades da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública; Constitucionalidade; Empresas estatais; Autonomia funcional; Corrupção.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the importance of legal representation of government companies, considering the public companies and mixed capital companies, which, despite their private personality, exercise high relief public services, reason my they deserve special protection of the State, with its own provisions in the Constitution. Because the importance of such companies, the care of juridical responsible for their representation is necessary, considering, beside the significant role of such companies, the notorius and protected figure of public lawyer. The exercise of such task should in our opinion get a new look, through the creation of the Attorney of Government Companies, protecting the public lawyes, their autonomy and Independence, and hence the public interest of such companies, minimizing possibilities of this companies serve to the private interests which are not consistente with the society needs.

KEYWORDS: Public Advocacy; Constitutionality; Government companies; Functional autonomy; Corruption.

INTRODUÇÃO

No contexto brasileiro, as empresas estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista -, embora estejam inseridas na Administração Pública Indireta, são consideradas pessoas de direito privado, com organização pessoal própria, incluindo concursos para os próprios cargos. Por outro lado, como se nota *ab initio*, devem seguir os preceitos que regem a Administração Pública, dentre eles os princípios do artigo 37 da Constituição Federal.

Dentre os seus cargos, chamados de empregos públicos, para as empresas de relevo, destacam-se aqueles destinados às suas procuradorias jurídicas, nomeados, na maioria das vezes, como *advogados*.

Para empresas públicas e sociedades de economia mista de grande porte e relevante função perante a sociedade, como Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e Petrobras, cujos departamentos jurídicos são compostos por centenas de advogados, tais empregados exercem uma função essencial na perquirição dos objetivos a que se destinam tais empresas, independentemente de sua atividade fim.

Na prática, são esses profissionais que participam de todos os atos importantes de tais empresas, oferecendo pareceres acerca da legalidade e da constitucionalidade dos procedimentos internos e, muitas vezes, até da viabilidade econômica dos mesmos.

Todavia, na condição de simples empregados, não possuem as garantias necessárias para o fiel desenvolvimento de suas funções, em respeito à *res publica*, correndo o risco de serem captados, quase sempre pela falta de independência e autonomia, a agir em prol de objetivos escusos, chamados a servir a interesses privados e externos. Cumpre ressaltar, a propósito, que, embora admitidos por concurso público, sequer possuem estabilidade no exercício laboral, podendo ser demitidos a qualquer momento, bastando, para tanto, uma motivação, no entender do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 589.998).

Não se pretende discutir aqui se tais empresas deveriam, na realidade, ser totalmente públicas – no caso das sociedades de economia mista - ou transformadas em autarquias, diante da dinamicidade que suas relações econômicas exigem¹, bem como a necessidade de constantes e maciços investimentos, que são possíveis apenas com o aporte privado, mas sim o fato de que, em face das funções exercidas por tais empresas, é preciso salvaguardar os

¹ “É preciso ter em conta, porém, o objetivo que inspirou o Estado a criar esse tipo de pessoas de natureza empresarial. 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 a 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 objetivos” (CARVALHO FILHO, 2009, p.472).

advogados que lhes representam de interesses que fujam aos públicos que lhes norteiam.

Melhor dizendo, a inserção privada nas empresas estatais deve ser no sentido de auxílio para proporcionar crescimento e, assim, benefício da própria sociedade, não se justificando, em momento algum, que as empresas estatais tenham suas finalidades vocacionadas a entender meramente os interesses privados.

O que se pretende, com a proposta de criação da Procuradoria das Empresas Estatais Federais, não é apenas salvaguardar tais profissionais para que exerçam suas atividades em consonância com o Estatuto Ético da Ordem dos Advogados do Brasil, mas, num segundo momento, garantir que as empresas estatais tomarão os adequados rumos legais e constitucionais, beneficiando a sociedade, sua verdadeira detentora.

2 DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DA PROCURADORIA DAS EMPRESAS ESTATAIS E DE SUA CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, a primeira sociedade de economia mista, o Banco do Brasil, data de 1812. Criado em 1808 enquanto sociedade privada, quatro anos depois é que a Coroa veio a tomar parte de suas ações, nascendo o regime misto. Extinto em 1835, ressurgiu o Banco como sociedade de economia mista em 1853. Mas foi apenas nos idos dos anos 30 e 40 do século XX que o Brasil de fato se comprometeu com a causa, vindo a criar várias sociedades mistas.

Diante disso, a propósito, em 1967, por meio do Decreto-Lei 200, nasce a primeira sistematização legal das referidas sociedades², que, embora destinada à organização administrativa federal, serve como base para criação das sociedades em outros níveis federativos.

² Artigo 5º, III: “III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”.

Como é cediço, as sociedades de economia mista têm como característica a propriedade partilhada entre Poder Público e particulares, desde que o comando da sociedade fica a cargo daquele.

No contexto das empresas públicas, a despeito de uma enorme variação conceitual no direito comparado, entre nós, a primeira instituição com as características que lhes atribuímos foi o Instituto de Resseguros do Brasil, de 1939. Sua rápida ascensão durante o período da II Guerra chegou a gerar entre alguns doutrinadores a crença de que tais empresas provocariam um abandono da utilização da fórmula da sociedade mista, o que, de fato, não ocorreu (PINTO, 1953, p.10).

A empresa pública, também abarcada pelo Decreto supracitado, tem como característica peculiar a existência de capital exclusivo da pessoa político-federativo que lhe instituiu e cuja Administração Indireta ela integra³. Neste ente, inexistente capital privado⁴.

Nos termos do artigo 37, XIX, CF, *lei deverá autorizar* a instituição de empresas públicas e sociedades de economia mista, de forma que, seguidamente, possa o Estado realizar o registro dos atos constitutivos da entidade no registro próprio, fazendo gerar a mesma. Em comum, ainda, cumpre ressaltar que ambas são pessoas jurídicas de direito privado, mas, como iremos abordar, sempre vocacionadas à consecução de uma finalidade pública⁵.

Diante desta inegável vertente pública, o Senador Gim Argello (PTB/DF), apresentou, em 2011, o Projeto de Lei 695, que “*estabelece diretrizes para criação e estruturação da Carreira de Procurador de Empresa Pública Federal*”.

³ Artigo 5º, II: “II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”.

⁴ “A empresa pública é uma unidade organizacional específica da sociedade. Em nível geral de discussão, o conceito de empresa pública representa a interação de duas dimensões: a pública e a empresarial. As características mais importantes da dimensão pública parecem ser o objetivo público, a propriedade pública e o controle público” (SICHERL, 1982, p.55).

⁵ “A empresa pública e a sociedade de economia mista, de consequente, ostentam personalidade jurídica de direito privado e regem-se por regime jurídico de direito privado mas *não se consideram empresas privadas*. São entidades integrantes da Administração Indireta. Nestes termos é que deve ser entendido o §1º do artigo 173 da Constituição da República: submeter-se a regime jurídico de direito privado não significa *ser empresa privada*” (FARIAS, 1992, p.201).

De acordo com a justificativa do Projeto, a característica mista típica das empresas públicas:

(...) fazem com que a relação dessas entidades com a advocacia pública seja peculiar, exigindo grande integração entre os seus departamentos jurídicos ou equivalentes e a Advocacia-Geral da União. É com o objetivo de permitir essa integração e otimizar a ação desses órgãos que apresentamos a presente proposição, que busca estabelecer diretrizes para que as empresas públicas federais organizem as suas procuradorias.

A criação de uma Procuradoria das Empresas Estatais – integrando também as sociedades mistas - voltou a ser destaque recentemente, com os escândalos perpetrados na Operação Lava Jato e acusações, providas de ex-advogados da maior estatal do Brasil, de que o Jurídico Interno funcionaria chancelando decisões de cunho político e, quiçá, ilícito.

Todavia, o projeto recebeu parecer contrário da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Como é cediço, a CCJ possui a competência, inclusive, de aprovar projetos de lei, nos termos do artigo 58, §2º, I da Constituição Federal e do artigo 91, I, do Regimento Interno do Senado Federal, o que transfere à Comissão a nobre missão de ouvir todos os interessados sobre o tema - a exemplo do artigo 93 do RISF -, inclusive aqueles que atuam como verdadeiros *amicus curiae* no processo legislativo, trazendo sugestões de relevo, até mesmo para inovar o projeto.

Alega a CCJ a existência de duas inconstitucionalidades no projeto:

Em primeiro lugar, malferem a prerrogativa de auto-organização e o próprio princípio da independência e harmonia dos Poderes, por ser de iniciativa parlamentar e propor a criação da carreira de Procurador de Empresa Pública Federal, a ser adotada por todas as empresas públicas que vierem a ser criadas, além de dispor sobre a organização e o funcionamento da administração pública federal. Em segundo lugar – neste ponto o juízo de constitucionalidade se articula com a avaliação da juridicidade da proposição –, a lei não é o instrumento adequado para veicular normas que disponham sobre a criação, organização e funcionamento de carreira jurídica de todas as empresas públicas. Essas regras devem constar do estatuto da empresa pública, previsto na lei específica que autoriza sua criação, que deve ser veiculado em decreto presidencial, com base no art. 84, incisos IV e VI, alínea a, da CF.

Com a licença de nossas considerações, tais inconstitucionalidades inexistem e iremos expor em sequência.

Mas, de qualquer forma, e colocando fim a qualquer discussão, o Deputado João Henrique Holanda Caldas (PSB/AL) redigiu e, em conjunto com outros Deputados, apresentou a PEC 145/2015, que “*Altera a Constituição Federal para criar a carreira de Procurador Estatal*”, acrescentando o §4º ao artigo 131 da Carta Maior, *in verbis*:

§4º. Os procuradores das empresas públicas e sociedades de economia mista federais, de que trata o § 1º, artigo 173, cujo ingresso na carreira se deu na forma do artigo 37, II, dessa Constituição, submetidos ao regime jurídico próprio das empresas privadas e por estas custeados, subordinar-se-ão, administrativa e tecnicamente, ao Advogado-Geral da União e lhes serão assegurados os mesmos direitos, garantias e vencimentos destinados aos demais membros da Advocacia-Geral da União, não excluindo os direitos trabalhistas referentes às empresas a qual estão vinculados;

Os referidos projeto e proposta homenageiam carreiras que têm sido, ao longo da escalada jurídica brasileira, tão desprestigiadas simplesmente por não fazerem parte do quadro da Advocacia-Geral da União.

Após 1988, com a novel Carta Magna, as carreiras públicas jurídicas receberam um tratamento bastante diferenciado, reconhecendo o relevante serviço que prestam à sociedade.

Especialmente quanto à advocacia pública, a Constituição não olvidou disposições no sentido de conferir relevo a tais carreiras, partindo, de um lado, do essencial trabalho do advogado (*funções essenciais à Justiça*), bastante entoado pela Augusta Ordem dos Advogados do Brasil no conhecido bordão “*sem advogado não há Justiça*”, e, por outro lado, da principiologia da Administração Pública, a partir de então sangrada pela marca eterna da moralidade e da eficiência.

Auto-explicativos os artigos 131 a 135 da Carta Maior.

A grande vitória das advocacias públicas, de uma maneira geral, foi a conquista de uma autonomia não apenas para a Instituição, mas também para o

advogado⁶, conferindo-lhe prerrogativas que pudessem gerar a independência de se manifestar sem receio de amarras invisíveis que viciassem sua vontade. Ao seu lado, a figura da estabilidade na carreira, impedindo que o procurador pudesse ser alvo de quaisquer perseguições políticas ou de interesses escusos.

Essa natureza de uma **Instituição** autônoma conferida à AGU enfatiza “o seu dever constitucional de, com impessoalidade e sensibilidade social, olhar de fora os atos administrativos praticados pelos órgãos e entidades do Poder Executivo e sobre eles exercer o controle de legalidade” (TOFFOLI, 2007).

Mais adiante, a lei socorreu os procuradores autárquicos e fundacionais, a exemplo de vários Estados brasileiros, criando um braço da advocacia pública mais condizente com o serviço público por eles exercido. No entanto, olvidados restaram os beligerantes da advocacia que até mesmo sofre de uma crise de identidade entre o público e o privado. Refiro-me aos advogados das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Logrou a Constituição em lhes reconhecer um caractere privado em meio ao público, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal, assegurando, de um lado, que estas empresas não teriam qualquer privilégio, mas afirmando, de outro, que o ingresso em seus quadros ocorreria por meio de concurso público. Não tardaram situações extremamente tênues em que o ativismo judicial fez gerar verdadeiros entes ainda mais mesclados entre o público e o privado, a exemplo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ADPF 46, ACO-QO 765 e RE 601.392).

O direito administrativo mais moderno prefere diferenciar situações em que tais empresas prestam serviço público e outras em que se tem verdadeira atividade econômica. Não há, todavia, sempre clareza nessa distinção. São frequentes situações em que, a despeito da atividade nitidamente econômica, ela é, ao mesmo tempo, empregada a bem do serviço público. A Petrobras e o Banco do Brasil são os melhores exemplos⁷.

⁶ Para GRANZOTO (2007, p.19-20), trata-se de um *regime da independência funcional mitigada*, mesclando o regime hierárquico e a independência funcional, gerando uma hierarquia relativizada pela liberdade de consciência do advogado e sua não vinculação direta ao Poder Executivo.

⁷ A função social especial da empresa estatal resta ainda mais evidente no artigo 13 do PLS 207/2009, de autoria do Senador José Sarney, que “instituiu o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção

No primeiro caso, mesmo após o fim do monopólio propagado pela Emenda Constitucional n.9/95, é evidente que a extração, a produção, a distribuição e a comercialização do petróleo e seus derivados constituem verdadeiras atividades que operam em prol de um interesse nacional, público e coletivo⁸. Tanto é que a União não se conforma apenas com a manutenção da direção da Companhia, tendo aumentado sua participação societária global na última grande capitalização da empresa. Mais ainda: a Lei 12.351/2010 impõe uma participação gigantesca – quase uma reestatização – do Estado na produção e exploração de petróleo nos campos de pré-sal e que, ultimamente, tem gerado até dificuldades para a expansão de campos explorados.

No segundo caso, não é preciso muito esforço para compreender que o mercado financeiro é extremamente influenciado pelas atividades do Banco do Brasil, sem contar suas ingerências no mercado imobiliário e nas concessões de créditos empresariais, operando verdadeiro ciclo ao mercado nacional.

Esses são apenas exemplos daquilo que consideramos, embora empresarial, *atividades estratégicas* da Administração Pública brasileira, que jamais poderia ser desta afastada por concepções privatísticas e meramente financeiras⁹.

Tanto é que não há quem estranhe a aplicação do artigo 37 da Constituição Federal às sociedades de economia mista, submetidas, inclusive, ao crivo do Tribunal de Contas da União que amplamente posiciona-se contrariamente à possibilidade do procedimento licitatório simplificado para a Petrobras, matéria ainda pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Vale dizer: a sociedade de economia mista, mesmo não estratégica, deve realizar concurso, válido por no máximo dois anos, obedecer aos princípios da Administração Pública, prestar contas perante o TCU, ter seus administradores

ou comercialização de bens ou prestação de serviços, nos termos dos §§1º e 3º do art.173 da Constituição Federal”.

⁸ Diga-se, ainda, das refinarias, escala da produção que sob o ponto de vista puramente econômico é desnecessário, ante a possibilidade da exportação do produto. Mas, estrategicamente, as refinarias são fundamentais até mesmo para a soberania do país.

⁹ Somos até mais comedidos do que PINTO JÚNIOR (2010, p.222-225): “Todo empreendimento estatal é inspirado por algum objetivo estratégico, que transcende a mera obtenção de recursos ao erário (...) A atuação empresarial pública nunca será economicamente neutra ou vazia de conteúdo axiológico. No modelo constitucional brasileiro, não existe hipótese jurídica de a companhia controlada pelo Estado guiar-se exclusivamente pelos impulsos de mercado e de forma desvinculada do interesse público que lhe é peculiar”.

respondendo por improbidade administrativa (MEDAUAR, 2008, p.92), mas remete seus procuradores a uma situação em que o interesse pode colocá-los em verdadeiras situações de afronta à legalidade sem qualquer força que lhes ampare as costas contra ingerências externas.

Não soa estranho, diante desse quadro, os relatos à Operação Lava Jato e à CPI da Petrobras do ex-Gerente Jurídico da Petrobras, Fernando de Castro Sá, no sentido de que muitos pareceres foram encomendados para atender interesses da Associação Brasileira de Montagem Industrial, tendo, inclusive, o advogado sofrido reprimendas em vista das denúncias à época.

Questões semelhantes, aliás, constam da justificativa da PEC 145/2015, acima mencionada:

Os últimos, e colossais, escândalos de corrupção no Brasil têm um ponto de convergência: o *embrião* em empresas estatais. Seja o *mensalão*, cujo nascedouro foi nos Correios, seja o *petrolão*, que teve seu início no seio da Petrobrás, esses escândalos decorreram de ações organizadas de interesses inconfessáveis no bojo dessas empresas. Há em curso, inclusive, uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar um outro gigante estatal: o BNDES. Em todas as empresas estatais, porém, existe um corpo de assessoria jurídica que submete ao competente concurso de provas e título, porém que ao ingressar na carreira se vê tolhido de qualquer grau de ingerência para fins de fazer valer o entendimento legal sobre contratações realizadas por essas empresas, que são, como se observou, a grande válvula de escape da corrupção no Brasil. Delatores da *multicitada* Operação Lava-Jato informaram que desconsideraram pareceres jurídicos contrários e avançaram em contratações por pressão, com vistas a incrementar o esquema de corrupção que grassava na Petrobras. Assim, fomentar a noção de *accountability* e governança nas estatais, por meio de carreiras jurídicas internas sólidas e independentes, é fortalecer as estatais, tornando sua gestão mais próxima às boas práticas administrativas que já se observa em boa parte da Administração Pública Direta.

A grande chave das instituições de advocacia pública é justamente a autonomia funcional e relativa independência conferida ao advogado¹⁰ para, no exercício de seu mister, não sucumbir a quaisquer outros interesses que afrontem os princípios administrativos. Isso não quer dizer que o órgão não possa fixar uma certa tese de defesa, por exemplo, mas sim que o advogado possui a garantia de sua

¹⁰ Isso não significa que a lei ampare a falta de independência do advogado privado, garantia propugnada pelo artigo 7º do Estatuto da OAB, até mesmo sob pena ética, mas não se pode cerrar os olhos à realidade.

estabilidade e autonomia quando for envolto por situação de flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade¹¹.

Deve-se lembrar, no entanto, que tais advogados, na condição de empregados de tais entidades, submetem-se ao regime trabalhista celetista, com vínculo contratual de trabalho. Ademais, para “esses empregados não incidem as regras protetivas especiais dos servidores públicos, como, por exemplo, a estabilidade estatutária”, submetendo-se às regras celetistas para formação e rescisão do contrato de trabalho (CARVALHO FILHO, 2009, p. 487). Sua única salvaguarda é, nos termos do Pretório Excelso, no Recurso Extraordinário 589.998, a necessidade de *motivação* para demissão, o que não significa muito.

Inobstante isso, cumpre ressaltar que: a) precisam ser contratados por concurso público (art. 37, II, CF) (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.839); b) são proibidos de acumular seus empregos com outros cargos ou funções públicas (art. 37, XVII, CF); c) para fins penais, são considerados funcionários públicos (art. 327, §1º, CP); d) para fins de incidência nas sanções por improbidade administrativa, são considerados agente públicos (Lei 8.429/92) (CARVALHO FILHO, 2009, p. 487-488).

Logo, desses agentes, muito se é cobrado; pouco se é lhe dado.

Nessa seara, as consultas formuladas por outros órgãos da Administração Pública acabam gerando pareceres que são emitidos sem quaisquer amarras de conclusão, isto é, sem a exigência de que os fins justifiquem os meios. Não que a sociedade de economia mista esteja pervertida por esse mal, mas o risco, enquanto seu corpo jurídico for “privado”, sempre é maior.

No campo estratégico, o interesse estatal é ainda maior. Ou melhor: o interesse administrativo. Isso significa que o Estado não pode olvidar a necessidade de garantir àqueles que exercem a função essencial à Justiça nessas entidades autonomia para o exercício de sua função.

¹¹ Nos Estados Unidos, a preocupação com a autonomia e independência também é perceptível na configuração do cargo dos *United States Attorneys* e dos *State attorneys*. Lembra-nos SARAIVA (2006, p. 27), a imprescindibilidade do advogado: “Com efeito, o exercício da advocacia difere, em muito, do exercício de outras profissões. O advogado é o militante da cidadania. O seu mister profissional representa, sempre, a defesa da liberdade e do patrimônio das pessoas. A sua orientação contém os elementos fundamentais para a afirmação do espaço público, no sentido de que quanto maior for a sua força persuasiva, melhor será o resultado para o cliente e para a sociedade”.

É de Pinto Júnior (2010, p.229) a seguinte colocação:

O conceito de interesse público aplicado às empresas estatais deve priorizar a dimensão institucional, sem se confundir com o interesse do Estado definido em função de linha política adotada por determinado governo, ainda que eleito de forma democrática. O interesse público empresarial exige maior estabilidade, não podendo ficar ao sabor de conveniências político-partidárias de caráter sectário e transitório. Em princípio, cabe ao Estado, por intermédio de seus representantes, zelar pela preservação do interesse público primário. Isso é particularmente verdadeiro no chamado Estado democrático de direito, mas não necessariamente em conjunturas históricas em que ocorre o divórcio entre governo e sociedade civil.

Não há nada que justifique, na esteira do projeto apresentado, que as sociedades de economia mista federais, precipuamente as de cunho estratégicos, fiquem de fora da criação de uma Instituição que congloba os advogados de todas as empresas estatais.

A assertiva de que as empresas públicas são entidades de capital público e por isso gerariam tal interesse não é totalmente realista quando se opera com entidades que, embora sociedades de economia mista, são de imensurável relevo para o país, ao passo que não se negue a existência de empresas públicas federais que não possuem uma representatividade tão grande, seja para a economia, seja para a estrutura do mercado ou para o interesse público. Tão menos se esqueça que a empresa pública pode também realizar atividade econômica, aproximando-se ainda mais das sociedades de economia mista.

Não é nem deselegante dizer que combustível e capital espelham muito mais o interesse público do que projetos navais ou pesquisa agropecuária, sem qualquer demérito com as respectivas empresas públicas.

O magistério de Mello (2008, p.193-194) é elucidativo:

Empresas públicas e sociedades de economia mista são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado. O traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em *auxiliares* do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados. Exatamente porque esta é a impostergável vocação de tais sujeitos, mesmo nas sociedades de economia mista (em que há, pois, concorrência de capitais privados), a lei estabelece que a supremacia acionária votante terá de ser governamental. Com efeito, o que se quer

é, precisamente, garantir que seu *controle absoluto*, que a condução de seus destinos, seja estritamente da alçada do Estado ou de suas criaturas auxiliares, sem que possa repartir decisões, sejam quais forem, sobre qualquer assunto social com particulares. (...) É preciso, pois, aturado precatório para não incorrer no equívoco de assumir fetichisticamente a personalidade de Direito Privado (como costumava ocorrer no Brasil) das estatais e imaginar que, por força dela, seu regime pode ensejar-lhes uma desenvoltura equivalente à dos sujeitos cujo modelo tipológico inspirou-lhes a criação. Deveras, a personalidade de Direito Privado que as reveste não passa de um expediente técnico cujo préstimo adscrive-se, inevitavelmente, a certos limites, já que não poderia ter o condão de embargar a positividade de certos princípios e normas de Direito Público cujo arredamento comprometeria objetivos celulares do Estado de Direito. (...) Se assim não fosse, e se as estatais desfrutassem da mesma liberdade que assiste ao comum das empresas privadas, havia comprometimento de seus objetivos e funções essenciais, instaurando-se, ademais, sério risco para a lisura no manejo de recursos hauridos total ou parcialmente nos cofres públicos. Além disto, sempre que o Poder Público atuasse por via destes sujeitos, estariam postas em xeque as garantias dos administrados, descendentes da própria índole do Estado de Direito ou das disposições constitucionais que o explicitam. Com efeito, o regime de Direito Privado, *sic et simpliciter*, evidentemente, não impõe o conjunto de restrições instauradas precisamente em atenção aos interesses aludidos¹².

O fato é que o mesmo princípio que ampara o albergamento dessas empresas por uma Procuradoria Geral, submetida administrativamente – ou não - à AGU, mas funcionalmente autônoma, também socorre outras “empresas estatais”, mesmo que recebam o título de sociedades de economia mista.

Ao depois, não se olvide que tanto as empresas públicas como as sociedades de economia mista, independentemente do capital, são classificadas como entidades *privadas*, excluídas até mesmo do conceito de Fazenda Pública, não havendo no capital uma situação especial, mas sim na sua função/atuação.

¹² Ainda: “As criaturas em apreço são, pois, figuras pelas quais se realiza administração pública, vale dizer, administração de interesses que pertencem a toda a Sociedade e que, de conseguinte, têm que ser conhecidos e controlados por todos os membros do corpo social, através dos mecanismos que a Sociedade, constitucional e ou legalmente, instituiu como pertinentes à fiscalização e correção dos negócios públicos. Ainda que sociedades mistas se submetam a controles internos ou efetuados meramente a nível de acionistas ou cotistas, --- evento que se processa na intimidade de tais sujeitos e que serve também e sobretudo à defesa de interesses privados de acionistas minoritários --- não podem se lavar dos controles externos, que são, aliás, de distintos tipos. Valham, como referência, os efetuados pela própria Administração Central, os que podem resultar de ação popular e os que se efetuam pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas pertinente (arts. 5º, LXXIII; 49, X; 70 e 71 da Constituição Federal). Aliás, a existência de tais controles serve para demonstrar que as empresas públicas e sociedades de economia mista, conquanto modeladas sobre figurino tomado de empréstimo, em geral, ao direito mercantil, são visceralmente distintas da generalidade das pessoas de direito privado. Em relação a estas últimas não haveria cogitar das aludidas formas de controle” (MELLO, 2012, p.1-2).

Tanto assim que ambas são submetidas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, nos termos do artigo 173, §1º, da Constituição Federal.

E é essa posição estratégica que franqueia a necessidade de aproximação maior entre a União e tais entidades, ao mesmo tempo em que se garante verdadeiro *status* de servidor público ao advogado - embora empregado -, nascendo a necessidade de uma sobreposição do interesse público ao privado¹³. E, evidentemente, isso não se prende aos interesses das empresas públicas, havendo até mais interesse em certas áreas que garantem a sobriedade e a estabilidade da ordem constitucional e econômica brasileira¹⁴.

As reservas de petróleo, por exemplo, pertencem ao povo brasileiro e, em termos constitucionais, perfazem bem da União (artigo 21, V e IX, CF). Ora, a União é a expressão fática do exercício do poder pelo povo, conferindo-lhe nítido caráter de interesse do todo. E um interesse de tamanha magnitude não pode ser desvirtuado pela ingerência privada ou de qualquer administrador desvinculado do interesse público.

É certo que o Jurídico de empresas como a Petrobras não possui função decisória¹⁵, mas acaba prestando serviço de apoio à atividade-fim, mormente na seara consultiva. No entanto, até por receio dos atos de improbidade administrativa e por conta da atuação enérgica do TCU, hodiernamente, o Jurídico é consultado e quase sempre seguido em todas as suas opiniões¹⁶.

¹³ “A expressão *interesse público* pode ser associada a *bem de toda a coletividade*, à percepção geral das exigências da vida na sociedade” (MEDAUAR, 2008, p.128).

¹⁴ De se ressaltar que a nossa Carta apenas permite o Estado atuando diretamente na economia quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (artigo 173, *caput*).

¹⁵ Diferentemente, nas **consultas obrigatórias** realizadas perante os órgãos de advocacia pública reconhecidos constitucionalmente, a autoridade administrativa fica vinculada à opinião ofertada, salvo novo parecer em sentido contrário; já nos **pareceres vinculantes**, outra saída não há além de seguir a direção apontada – STF/MS 24.631 – rel. Min. Joaquim Barbosa.

¹⁶ “Segue-se que entidades constituídas à sombra do Estado como auxiliares suas na produção de utilidade coletiva e que manejam recursos captados total ou majoritariamente de fontes públicas têm que estar submetidas a disposições cautelares, defensivas tanto da lisura e propriedade no dispêndio destes recursos quanto dos direitos dos administrados a uma atuação impessoal e isonômica, quando das relações que com elas entretenham. Isto só é possível quando existam mecanismos de controle internos e externos, suscitados quer pelos órgãos públicos, quer pelos próprios particulares, na defesa de interesses individuais ou da Sociedade” (MELLO, 2008, p.197).

Não difere, em nada, da função exercida pela advocacia pública na AGU ou nas PGEs, descrita, nos termos abaixo, por Novelino (2011, p.805):

Na defesa dos interesses do Estado são desempenhadas **atividades preventivas** e **postulatórias**. As *primeiras*, realizadas por meio de consultoria e assessoramento jurídico, consistem na orientação da Administração Pública em sua atuação, a fim de evitar a prática de atos ilegais; as *segundas* consistem na representação judicial exercida em defesa dos interesses do ente ao qual o advogado de Estado se vincula.

Por todas essas razões, acreditamos que é imprescindível a inserção dos advogados das sociedades de economia mista estratégicas – pelo menos -, ao lado das empresas públicas, no quadro das “Procuradorias das Empresas Estatais Federais”, a ser legalmente criado, atendendo a relevante interesse público.

À guisa de melhor explanação, a nosso ver, sociedade de economia mista estratégica poderia ser definida como aquela cuja atividade esteja descrita no artigo 177 da Constituição Federal ou envolva outros recursos minerais, demais fontes de energia ou mercado financeiro.

No tocante aos detalhamentos, por evidente, a União deverá expedir Decreto para indicar a lista das empresas que se enquadram no conceito de *sociedade de economia mista estratégica*, bem como para promover todos os trâmites organizacionais necessários para a implementação de tal Procuradoria.

Tais colocações, por si só, já ultrapassam as alegadas “inconstitucionalidades” da Comissão de Constituição e Justiça no projeto de lei mencionado, embora a questão tenha sido superada pela apresentação da PEC 145/2015. Em primeiro lugar, é a União que indicará quais empresas se enquadrarão no conceito e fará a sua organização por meio de Decreto, com respeito sempre às normas de regências das empresas públicas e sociedades de economia mista, principalmente, quanto a seu Estatuto, quando este vier a ser aprovado.

Ademais, a lição de Grau (2013, p.1829):

A lei não *cria* empresa estatal e fundação. Ambos os incisos expressam o mesmo significado, impondo autorização do Legislativo – federal, estadual ou municipal, conforme o caso – para que possa ser constituída

empresa (sociedade) ou instituída fundação. *Autorização legislativa e lei específica* (que *cria* autarquia e autoriza a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação) são, no contexto, expressões dotadas de sentidos intercambiáveis. Trata-se, aí, de *lei-medida*. Tanto a constituição de empresa estatal quanto a de subsidiária delas, bem assim a sua participação no capital de empresa privada e a criação de autarquia e a instituição de fundação, devem ser previamente aprovadas pelo Poder Legislativo. Os preceitos instrumentam o controle da expansão do Executivo pelo Legislativo. Não importam, *em si*, retenção dessa expansão; apenas impõem a participação do Legislativo no processo de decisão que se tome a respeito.

Ora, se o Legislativo necessariamente participa do processo de decisão da própria criação da empresa estatal, nada mais óbvio do que possa traçar diretrizes ao seu processo de estruturação.

Tanto é que o próprio artigo 173, §1º, da Constituição Federal determina que a lei disciplinará as normas gerais acerca de funcionamento das empresas estatais, dispondo sobre: i – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; ii – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; iii – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; iv – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; v – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

A criação de uma Procuradoria das Empresas Estatais, na esteira do que discorreremos, é a nítida materialização das *formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade*, uma vez que ter-se-ia um corpo jurídico autônomo e independente, a perseguir as finalidades públicas e prestar contas ao ente público e à sociedade.

Quando se fala em *lei e estatuto jurídico*, por conseguinte, em momento algum, se exige a necessidade de que uma única lei trate das temáticas que envolvem as empresas estatais, podendo fazê-lo por mais de um instrumento legislativo. Assim, por exemplo, a Lei 12.353/2010, que tornou obrigatória a

participação de representante dos empregados no Conselho de Administração das empresas estatais¹⁷.

Ao depois, e no intuito de afastar qualquer ofensa ao item ii acima, no tocante ao regime trabalhista das empresas privadas, cumpre ressaltar que tais *advogados* deveriam deixar de pertencer ao corpo de empregados da estatal, tornando-se funcionários públicos da Procuradoria das Empresas Estatais Federais, enquanto braço da Advocacia-Geral da União, mas prestando serviços junto à empresa estatal, a exemplo do que ocorre hoje com a Procuradoria-Geral Federal, responsável pela defesa das autarquias e fundações públicas federais. Aliás, diga-se, nesse último ponto, que, pela primeira alegação da CCJ, conforme vista, seria a PGF igualmente inconstitucional. E, bem sabemos, quão teratológica é a conclusão.

Além disso, cumpre lembrar que o Projeto em questão tem o condão de apenas definir normas gerais sobre o tema, “para evitar invadir a autonomia e a especificidade de organização de cada uma das empresas, bem como de estabelecer em lei matéria que deve constar do contrato de trabalho ou dos instrumentos de negociação coletiva em cada caso” (SENADO FEDERAL, 2011, p.5).

Logo, o projeto não fere, sob nenhum aspecto, a Constituição. Ao contrário, rende-lhe homenagens ao apreciar a busca das finalidades públicas de tais empresas. Ademais, repise-se, eventuais inconstitucionalidades do projeto de lei estão superadas pela apresentação da PEC 145/2015, com a única diferença de que o custeio da carreira seja feito pelas próprias empresas, e não pelo Governo Federal.

¹⁷ “Aqui devo salientar, contudo, inicialmente, que, assim como jamais se interpreta *um texto normativo*, mas o *direito*, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo. Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma – até a Constituição” (GRAU, 2010, p.164).

CONCLUSÃO

A ideia de criação da Procuradoria das Empresas Estatais Federais, a partir do supramencionado projeto legislativo, a nosso ver, é medida que se afina com as diretrizes constitucionais da classe advocatícia e também das empresas públicas e sociedades de economia mista que, a despeito de sua característica privada, exercem função de relevo para a sociedade.

Tanto é que, mesmo quando exercentes de atividades econômicas, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal, isso só ocorrerá quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Logo, vê-se que tais empresas estatais, ainda que na seara econômica, podem muitas vezes movimentar áreas estratégicas ao governo brasileiro, auxiliando na regulação de toda a economia pátria ou no fornecimento de produto essencial a consumo de todo o mercado.

Isso torna tais empresas movidas por impulsos sociais de largo relevo, sendo que todo o seu exercício, perante a sociedade, é diretamente impactante à vida do país, razão pela qual todas as formas de controle de tais empresas devem também ser direcionadas pelos interesses a que elas devem atender.

Nessa linha, os advogados de tais empresas cada vez mais têm ganhado função essencial na consecução de suas atividades finalísticas, o que torna tais empregados responsáveis por todo controle de legalidade e constitucionalidade na seara estatal.

Tais profissionais representam, grosso modo, a sociedade, realizando seu controle indireto acerca dos rumos das empresas estatais, garantindo, sobretudo, que tais empresas atendam aos interesses constitucionais para as quais foram criadas e não se subvertam perante interesses privados escusos.

A criação das Procuradorias das Empresas Estatais é a garantia de que tais profissionais exercerão seu múnus com autonomia, independência e, conseqüentemente, responsabilidade. Por meio do braço protetor estatal da carreira jurídica, garante-se que os departamentos jurídicos das empresas estatais se

preocupem exclusivamente com os aspectos legais e constitucionais das decisões a que assistem.

Como discorrido, a medida, além de urgente e necessária, encontra respaldo constitucional, razão pela qual, a nosso ver, deve ser estudada com dedicação, objetivando-se, num futuro próximo, que as empresas estatais sirvam à sociedade, o que será sobremodo garantido por uma Procuradoria independente e imune às contaminações financeiras de mercado.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. Empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica – princípio da publicidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29, n.114, p.199-204, abr./jun. 1992.

GRANZOTO, Cláudio. Advogado de Estado: defesa do interesse público, independência funcional mitigada. **Revista da Advocacia Geral da União**, Brasília, v. VI, n.13, p.19-36, ago. 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Comentário ao art. 173. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.1825-1832.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12.ed. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.13, p.1-10, abr./mai. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Método, 2011.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.32, p.1-15, 1953.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**. São Paulo: Atlas, 2010.

SARAIVA, Paulo Lopo. **O advogado não pede, advoga**: manifesto de independência da advocacia brasileira. 2.ed. São Paulo: Ícone, 2006.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 695, de 2011**. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=610454&disposition=inline>

SICHERL, Pavle. Conceitos de empresa pública em diferentes contextos sócio-econômicos. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, p.53-70, out./dez. 1982.

TOFFOLI, José Antônio Dias. **Discurso de posse do Advogado-Geral da União**. Brasília, 12 de março de 2007.