

REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PÚBLICAS

CRETILLA JÚNIOR *

1. *Introdução.* 2. *A expressão empresa pública.* 3. *Definições de empresa pública.* 4. *Análise dos termos da definição.* 5. *Configuração externa.* 6. *Configuração interna.* 7. *Regime jurídico da empresa pública.* 8. *Empresa pública e sociedade de economia mista.* 9. *Empresas públicas brasileiras.* 10. *Conclusões.*

1. *Introdução*

Para a consecução de seus fins, a administração tem a possibilidade de optar por um regime de direito público ou por um regime de direito privado. Trata-se de mera política administrativa.

Na maioria das vezes, o procedimento da administração é típico do direito público, regendo-se por princípios publicísticos, mas em certos casos é mais vantajoso para o estado desinvestir-se das prerrogativas públicas, descer do pedestal privilegiado em que se encontra, nivelar-se ao particular e com êste celebrar acórdos, na base do direito comum, da gestão privada e, pois, dentro de esquema privatístico.

Encontram-se, assim, dentro do direito administrativo, dois regimes jurídicos diversos, o regime jurídico público (a regra), o regime jurídico privado (a exceção): o primeiro informado por princípios publicísticos, em que a administração se apresenta com todo seu resguardo de *potestade pública*, revelado pelas características das *prerrogativas* (e, também, das *sujeições*); o segundo, informado por prin-

* Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de São Paulo.

cípios privatísticos, quando a administração se apresenta praticamente igualada ao particular, com êle contratando em igualdade de condições.

Dêsse modo, quando a administração necessita de um prédio, para instalar seus serviços ou para a realização de obras públicas, ou recorre à *desapropriação*, em virtude de seu *jus imperii*, ou lança mão da *compra e venda* do direito civil, se o proprietário concorda em dispor do imóvel por preço razoável. Locação de imóveis, fornecimentos, compra e venda são alguns dos processos de direito privado que se encontram a todo o instante no campo do direito administrativo, ao lado dos institutos próprios dêste ramo do direito. Cumpre ao Estado optar, quando é possível, pelo procedimento do direito público ou pelo equivalente do direito privado.

Recorre ainda a administração — e cada vez com maior freqüência, em nossos dias — a soluções do direito privado, buscando no direito comum os esquemas para o funcionamento das *empresas industriais* ou *comerciais*, que se submetem ao mesmo *regime jurídico das empresas privadas* similares. Dá-se mesmo o nome de *gestão privada* a êste recurso aos processos jurídicos do *direito civil e comercial* de que lança mão o estado para, desburocratizando-se, atingir resultados mais rápidos e melhores, no setor industrial e comercial.

Em seu processo descentralizante, conhecido sob o nome técnico de *descentralização*, o estado procura transferir atribuições para outras pessoas, físicas ou jurídicas.

Na modalidade denominada *descentralização por colaboração*, também chamada *institucional* ou *funcional*, as atribuições são transferidas do estado para outras pessoas que com êle colaboram na realização do interesse público.

Colaborando com o estado, não só as pessoas físicas como as pessoas jurídicas, de direito público e direito privado, desafogam a administração, sobrecarregada de encargos que lhe dificultam a ação, paralisando os serviços ou retardando-lhes a consecução.

Daí o surgimento da *administração indireta* que, no direito brasileiro, compreende diversas categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria, a saber, as *autarquias*, as *empresas públicas*, as *sociedades de economia mista* e as *fundações* equiparadas às empresas públicas, isto é, criadas por lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades (Art. 4.º, II, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, com seu parágrafo 2.º, que aludia às *fundações*, revogado pelo Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969).

Pois bem, ou o estado opta por um *regime jurídico de direito público* e entrega à autarquia um determinado serviço ou atividade, que passa a ser da responsabilidade de uma pessoa jurídica administrativa de direito público, ou o estado opta por um *regime jurídico de direito privado* e entrega à *empresa pública* ou à *sociedade de economia*

mista o mesmo serviço ou atividade, que passa agora a ser da responsabilidade de uma pessoa jurídica de direito privado, submetida à disciplina do direito comercial, a fim de que possa atuar de maneira mais eficaz no setor econômico.

A opção governamental pode escolher um dos esquemas — o esquema de direito público, povoando o mundo jurídico com a *autarquia*, ou o esquema de direito privado, enriquecendo o mundo do direito com a *sociedade de economia mista* ou com a *empresa pública*. Convergem para o primeiro caso tôdas as regras do direito administrativo, pois que uma pessoa jurídica administrativa pública foi acrescentada ao mundo do direito, afluem para o segundo caso tôdas as regras do direito comercial e do direito civil, pois que se trata de pessoa jurídica de direito privado, de índole industrial ou comercial.

2. A Expressão Empresa Pública

A expressão *empresa pública*, formada de dois termos de significado aleatório, está longe de ser empregada de maneira unânime pelos autores, o que não impediu sua aceitação universal¹ nos léxicos e trabalhos especializados. *Empresa* precisa ser definida, *pública* necessita também de explicação.

Realmente, “surge, de vez em quando, nos dicionários jurídicos, palavras milagrosas, que empolgam o espírito de economistas, de sociólogos e de juristas e ganham certa popularidade. *Empresa* é uma delas. Logrou prestígio, nos últimos tempos, em quase todos os idiomas. Teria ela por missão fundir a pessoa, natural ou jurídica, do comerciante ou do industrial com o seu comércio ou com a sua indústria, de molde a tomar-lhes, depois dessa amálgama, o lugar no cenário jurídico, como nova personalidade jurídica de direito privado.”²

Economistas e comercialistas esforçam-se ainda em nossos dias para estreimar o conceito de *empresa*, que “é o centro da realidade econômica submetida ao direito mercantil, ou, em outras palavras, é o pressuposto jurídico da comercialidade,”³ ou “é um dos regimes de produzir, onde alguém — empresário —, por via contratual, utiliza os fatores da produção sob sua responsabilidade — riscos —, a fim de obter uma utilidade, vendê-la no mercado e tirar da diferença entre o custo da produção e o preço de venda o maior proveito monetário possível.”⁴

¹ GORDILLO, Agustin. *Empresas del Estado*. 1966, p. 75.

² FERREIRA, Waldemar. *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*. 1956, p. 84-5.

³ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 1969, p. 23.

⁴ ANTUNES, J. Pinto. *A Produção sob o Regime da Empresa*. 1964, p. 62. 1954, p. 90.

Sílvio Marcondes Machado põe em relêvo a definição, aceita pela doutrina econômica francesa, que descreve a *empresa* como uma *organização da produção*, na qual se combinam os preços dos diversos fatores da produção, fornecidos por agentes distintos do proprietário da empresa, a fim de vender bens ou serviços no mercado, para obter, por diferença entre dois preços, preço de custo e preço de venda, o maior ganho monetário possível.”⁵

“A empresa é uma forma de organização da produção inerente à estrutura econômica tradicional das sociedades civilizadas. Conjugam-se na *empresa* a natureza, o trabalho e o capital; uma produção determinada é o seu escopo. Tal conjugação de natureza, trabalho e capital, por conta e risco do empreendedor, importa uma verdadeira mediação, que aquêle realiza, pondo a organização das energias produtoras a serviço dos consumidores dos produtos.”⁶

A dificuldade em definir a *empresa* está no fato de esta simples palavra ser muito rica em significados, não cabendo tôda a problemática suscitada por seus vários elementos numa só proposição: “de tudo isto resulta que não se chegou, no âmbito da teoria dos atos de comércio, a fixar uma concepção unitária de *empresa*.”⁷

No projeto de código de trabalho, relatado por Evaristo de Moraes Filho, podemos ler que “empresa é a unidade organizada que se destina a um objetivo econômico ou ideal, servindo-se de um ou vários estabelecimentos, organizados e vinculados entre si pelo mesmo empresário, pessoa natural ou jurídica” (Art. 425).

“Considera-se *empresa* tôda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos” (Art. 6.º da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, que *regula a repressão do poder econômico*).

Conceituado o primeiro elemento *empresa*, resta definir o segundo elemento da expressão, *pública*. O atributo *pública*, aplicado a *empresa*, é equívoco, tendo dois sentidos totalmente diversos, porque tanto pode ser entendido como “empresa executada ou organizada pela pessoa *pública*, pelo estado”, como pode ser compreendido na acepção passiva de “empresa para o público, para o povo, pelo usuário, pela coletividade”. Ou ainda, nos dois sentidos: serviço organizado pelo Público (= poder público) para o público (= coletividade, povo).

“O epíteto *pública* é aplicado, mais comumente, a uma *empresa*, quando esta é colocada sob o contrôle do estado, do govêrno ou de um organismo estatal.”⁸

⁵ MARCONDES MACHADO, Sílvio. *Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual*. 1956, p. 120-1.

⁶ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 4. ed., 1964, p. 181.

⁷ BARRETO FILHO, Oscar. Ob. cit., p. 25.

⁸ BALOG, Nicola. A Organização Administrativa das Empresas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 87, p. 40.

3. Definições de Empresa Pública

Nascida e estruturada no campo da economia política, a *empresa pública* passa para o campo do direito, dentro de cujos quadros cabe apreciar a personalidade dos empresários e regular as formas de suas empresas. A palavra do economista, portanto, deve juntar-se, nesta altura, o pensamento dos juristas.⁹

Há países, como os Estados Unidos e a Inglaterra, que praticamente nunca acolheram a *sociedade de economia mista*, tendo sido, de certa maneira, os precursores das *empresas públicas*, que só mais tarde foram sendo criadas na Itália e no França. A Alemanha, por outro lado, desde o momento em que a *sociedade mista* começou a revelar seus defeitos, pelo conflito de interesses públicos e particulares, passou a utilizar-se da *empresa pública* para realizar uma política de socialização. A Alemanha, através da empresa pública, isto é, da sociedade anônima, de que são acionistas várias ou apenas uma entidade pública, empreendeu a denominação de vários e importantes setores da produção daquele país.”¹⁰

A doutrina francesa há muito que se vem preocupando em definir a *empresa pública*, quer em trabalhos gerais, quer em monografias especializadas.

De um modo bastante simples, “empresa pública é o patrimônio público personalizado afetado a um papel econômico.”¹¹

Aliás, a idéia de *empresa*, básica em qualquer definição de *empresa pública*, serve para salientar que em todo serviço há um agrupamento de pessoas, de material, de processos jurídicos e técnicos, tendentes à obtenção de determinado resultado.¹²

Criticando a posição de Louis Rolland, que considera *clara e cômoda*, mas superada, Marcel Waline mostra que “na concepção tradicional o *serviço público* era uma *empresa pública*. Em outras palavras, uma coletividade tomava o compromisso de executar e executava o serviço por si por meio de um concessionário, mas este agia, então, sob o controle e a responsabilidade, pelo menos política, e mesmo jurídica, da administração. Por outro lado, o concessionário era responsável, diante da autoridade concedente, pela boa execução do serviço, mas, em todo caso, a coletividade pública assumia, ao organizar o serviço, certos riscos, mesmo pecuniários, característicos da idéia de *empresa*.”¹³

⁹ MARCONDES MACHADO, Sílvio. Ob. cit., p. 122-3.

¹⁰ BILAC PINTO. O Declínio das Sociedades da Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas. *Estudos sobre a Constituição Brasileira*. 1954, p. 53.

¹¹ DELON, André G. *Le Statut des Entreprises Publiques*. 1963, p. 15.

¹² ROLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*. 9. ed., 1947, p. 2.

¹³ WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 9. ed., 1963, p. 670.

“Nos dias de hoje, orienta-se para um regime novo, que comporta a criação de uma *categoria jurídica nova*, distinta ao mesmo tempo da *empresa privada* e do *serviço público* e que seria a *empresa pública*.”¹⁴

O direito francês atual conceitua a *empresa pública*, definindo-a como empresa industrial e comercial que escapa à apropriação pelo capital privado e que se subordina, em última análise, à autoridade do Estado.¹⁵

“A noção de *empresa pública*”, salienta André de Laubadère, “é difícil de ser definida e, em particular, a distinção entre *empresa pública* e *serviço público industrial* ou *comercial* jamais pôde ser definida com precisão. Em relação aos serviços públicos industriais ou comerciais, constitui a *empresa pública* um degrau ainda mais avançado de assimilação às instituições do setor privado econômico. Talvez seja este o único critério diferencial que se possa dar, em definitivo, a respeito.”¹⁶

Estudando o fenômeno de privatização, no campo do direito administrativo, Renato Alessi mostra a importância e penetração do direito privado que, como norma reguladora, se estende para onde quer que haja uma *empresa*, isto é, uma organização unitária de homens e bens para finalidades produtivas.¹⁷

Depois de apontar que é tarefa delicada distinguir com precisão a *empresa pública*, Charles Debbasch escreve: “agrupa-se sob o nome de *empresas públicas* o conjunto das explorações industriais e comerciais personalizadas que funcionam com fundos públicos, qualquer que seja a denominação ou a forma jurídica que apresentem.”¹⁸

“As empresas públicas são o resultado de uma das formas de intervenção do estado no domínio econômico, caso em que não se contenta apenas em controlar ou orientar uma atividade mas em que toma o encargo, não ele mesmo (para evitar qualquer confusão com as administrações tradicionais), mas por interposta pessoa.”¹⁹

“A administração não se contenta em associar particulares à sua ação. Por motivos de comodidade, ela cria tôdas as peças dos organismos de direito privado que lhe permitam executar sua missão. Ao lado das pessoas autenticamente privadas, que colaboram em tarefas de interesse geral, existem também organismos artificialmente privados que são, na realidade, organismos administrativos e cujo ca-

¹⁴ WALINE, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 6. ed., 1952, p. 317.

¹⁵ RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 3. ed., 1965, p. 421.

¹⁶ LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 3. ed., 1963, v. I, p. 566.

¹⁷ ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. 1953, p. 51.

¹⁸ DEBBASCH, Charles. *Droit Administratif*. 1968, p. 212.

¹⁹ DEBBASCH, Charles. Ob. cit., p. 212.

tráter privado é apenas uma fachada. De tôdas as técnicas do direito privado a da *sociedade anônima* é certamente uma das mais aperfeiçoadas, sendo por isso muitas vêzes utilizada pelo poder público quando êste quer exercer uma atividade de caráter econômico.”²⁰

“*Empresa*, palavra enigmática, transferiu-se também para o domínio do direito público e muito se há debatido em tôrno da *empresa pública* em contraposição à *empresa privada* e, como a empresa privada ou é a pessoa natural, ou é a pessoa jurídica, nos grandes empreendimentos revestida da forma da sociedade anônima, o estado, quando se propôs a nacionalizar as empresas industriais, preferiu, na dificuldade de inventar fórmula diversa e nova, acomodar-se com a que já existia e tão profícuos resultados havia produzido.”²¹

Para nós “*empresa pública*” é a *organização unitária de bens e pessoas, sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, com patrimônio próprio e capital exclusivo do estado, criada por lei para a exploração de atividades econômicas, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito*, ou, de um modo mais sintético, é o *patrimônio do estado, personalizado, sob a forma de pessoa de direito privado, criada por lei para gerir capital do estado afetado a fins econômicos*.

O direito positivo brasileiro definiu a *empresa pública* como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades de administração indireta, criada por lei para *desempenhar atividades de natureza empresarial* que o govêrno seja levado a exercer, por motivos de *conveniência* ou *contingência* administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito,”²² definição modificada, com leves alterações, para: “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a *exploração de atividade econômica* que o govêrno seja levado a exercer por força de *contingência* ou de *conveniência* administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.”²³

Deixando de lado os vocábulos *contingência* e *conveniência*, que apenas inverteram sua posição no artigo, a diferença maior entre as definições dos dois textos está na expressão “*natureza empresarial*”, substituída por “*atividade econômica*”, ou seja, o segundo texto nada inovou, neste particular, porque a natureza empresarial da empresa pública é, precisamente, a atividade econômica por ela desenvolvida.

20 WEIL, Prosper. *Le Droit Administratif*. 1964, p. 39.

21 FERREIRA, Waldemar. Ob. cit., p. 85.

22 DECRETO-LEI n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.

23 DECRETO-LEI n.º 900, de 29 de setembro de 1969.

4. *Análise dos Termos da Definição*

Os elementos integrantes da definição de *empresã pública* servem para acentuar: a) sua *natureza jurídica*, b) substrato, c) processo de criação, d) constituição do capital, e) finalidade e f) forma.

Natureza jurídica: é clara e incontestável, incluindo-se entre as pessoas jurídicas de direito privado, o que é estranhável ao considerar-se a denominação *empresã pública*. Em outras palavras, a *empresã "pública"* é de natureza "privada".

Substrato: é difícil classificar a *empresã pública* em razão de seu substrato estrutural que, por um lado, se inclina para a *fundação*, por outro lado, para a *corporação*. O elemento *associativo* que a aproxima da *sociedade de economia mista* a impele para a sociedade anônima, embora de um só sócio; o elemento *patrimonial* que a aproxima da *fundação* a impele para as entidades *paraestatais*. Mais *fundação* do que *corporação*, surge a *empresã pública* no cenário jurídico como entidade *sui generis*.

Processo de criação: o ingresso da *empresã pública* no mundo jurídico se dá por meio da *lei*. Tem-se indagado se o *decreto* é veículo hábil, idôneo e suficiente para conduzir ao mundo jurídico a *empresã pública*. De modo algum. O *decreto*, na hierarquia das normas jurídicas, fica localizado abaixo da lei. Nem ao lado, nem acima da norma legal. A *lei* pode mais do que o *decreto*. E, para introduzir um novo ente, no mundo jurídico, a administração é insuficiente. Somente certas emanações do poder público têm a vitalidade necessária para gerar, para tirar do nada, para criar uma entidade como a *empresã pública*. Cabe ao poder legislativo, mediante o instrumento legal, o povoamento da ordem jurídica. Só a *lei*, só a autorização legislativa, nunca o *decreto*, é o instrumento hábil e suficiente para tanto. Ora, neste caso, o Decreto-lei n.º 200 e o Decreto-lei n.º 900 são taxativos, claríssimos: "criada por lei" (Art. 5.º, II).

Constituição do capital: o capital da *empresã pública* é 100% do estado, exclusivamente do estado. No caso da *empresã pública federal*, o capital é 100% da União, residindo aqui a diferença específica entre a *empresã pública* e a *sociedade de economia mista*, porque nesta "as ações com direito a voto pertencem, em sua maioria (51% pelo menos), à União, ou a entidade da administração indireta".

Finalidade: exploração de atividade econômica, coincidindo aqui o objetivo com o da *sociedade de economia mista*, aproximando-se por este ângulo da *fundação privada* que, na maioria dos casos, objetiva lucros, e diversificando-se, neste particular, da *fundação pública*, que afasta de si a obtenção de lucros.

Forma: ao passo que a *sociedade de economia mista* está vinculada a uma só forma — a forma de *sociedade anônima* — a *empresa pública* pode revestir-se de *qualquer* das formas admitidas em direito. A lei dá uma amplitude total às modalidades formais que podem ser assumidas pela *empresa pública*. Preferimos adotar outra formulação: “a *empresa pública* pode revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito que sejam compatíveis com sua natureza específica”.

5. *Configuração Externa*

Estudando as *características externas da empresa pública*, Bilac Pinto assinalou os seguintes traços: a) adota a forma das empresas comerciais comuns (sociedade por ações, sociedade de responsabilidade limitada) ou recebe do legislador estruturação específica; b) a propriedade e a direção são exclusivamente governamentais; c) têm personalidade jurídica de direito privado²⁴ (*declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas*).

6. *Configuração interna*

“Dessas características externas decorrem as internas, que são as que tornam a empresa pública um instrumento apto e eficaz para a execução dos encargos econômicos, industriais ou comerciais do estado. Ao adotar, para as empresas públicas, as técnicas e os processos das empresas privadas, o estado incorporou a este novo órgão de suas atividades tôdas as vantagens da administração particular, dentre as quais devemos destacar, como mais relevantes: a) completa autonomia técnica e administrativa; b) capitalização inicial; c) possibilidade de recorrer a empréstimos bancários; d) possibilidade de reter os lucros para ampliar o capital de giro e constituir reservas; e) liberdade, em matéria de despesas; f) flexibilidade e rapidez de ação; g) capacidade para acionar e ser acionada; h) regime de pessoal idêntico ao das empresas privadas.”²⁵

7. *Regime Jurídico da Empresa Pública*

Traçar o *regime jurídico da empresa pública*, no Brasil, é integrá-la em nosso sistema de direito, estabelecendo-lhe um a um os pontos máximos e mínimos, de modo a configurar, de maneira científica,

²⁴ BILAC PINTO. Ob. cit., p. 56.

²⁵ BILAC PINTO. Ob. cit., p. 56.

o lugar geométrico que ocupa e o alcance preciso de suas respectivas implicações, corolário das fixações iniciais anteriores.²⁶

Não é sem intenso e reiterado labor doutrinário que se empreenderá a integração das modernas entidades conhecidas pelo nome de *empresas públicas*, porque o estabelecimento da série imensa de traços típicos que assinalará o correspondente *regime jurídico* dêsse instituto terá, necessariamente, de chocar-se com outra série extraordinária de traços semelhantes, inerentes a outros institutos cujo regime jurídico se situa em plano paralelo, dando a impressão, ao observador, de que se trata de espécime híbrido, de textura instável e heterogênea.

No caso presente, das *empresas públicas*, o problema simplifica-se de certo modo, porque o direito positivo, enfrentando corajosamente a fixação conceitual, preparou o caminho para a futura construção doutrinária.

Entretanto, até que nosso direito positivo fixasse de maneira precisa e clara o conceito da *empresa pública* muito se discutiu a respeito do que deveria entender-se por aquela singular espécie de pessoa jurídica.

O projeto de lei orgânica do sistema administrativo federal, remetido ao Congresso Nacional, em fins de 1963, considerava a *empresa pública* como a entidade criada por lei, com recursos exclusivos da União, para executar ou explorar serviços de natureza comercial, industrial, bancária ou assemelhados, inclusive em regime de monopólio estatal, equiparando-se às *empresas públicas* as *fundações* instituídas com recursos exclusivos da União. O mesmo projeto de lei qualifica como *sociedade de economia mista* a sociedade anônima cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União, a uma empresa pública ou a uma sociedade de economia mista.²⁷

Em trabalho publicado na *Revista de Direito Administrativo*,²⁸ Nicola Balog, professor na Faculdade de Direito de Belgrado, lança mão do direito comparado para esclarecer inúmeros traços típicos das *empresas públicas*, apontando as modalidades existentes nas diversas partes do mundo e concluindo que “quase não há diferenças essenciais entre os diversos países, no que concerne à constituição das *empresas públicas*. Estas são criadas em virtude de lei ou outra decisão do parlamento, do chefe de estado ou do governo. No caso das *sociedades de economia mista*, o estado participa do capital da empresa. Numerosos são, aliás, os países em que as *empresas públicas* são criadas pelos

²⁶ Cf. CRETILLA JÚNIOR. *Dos Bens Públicos no Direito Brasileiro*. 1969, p. 303; *Revista de Direito Administrativo*. v. 90, p. 459; *Revista Forense*. v. 221, p. 29.

²⁷ CRETILLA JÚNIOR. *Tratado de Direito Administrativo*. 1970, v. VII, p. 256; CAIO TÁCITO. *As Empresas Públicas no Brasil*. *Revista de Direito Administrativo*. v. 84, p. 432.

²⁸ Cf. BALLOG, Nicola. *A Organização Administrativa das Empresas Públicas*. *Revista de Direito Administrativo*. v. 87 a 90.

órgãos administrativos. Em geral, nenhum procedimento especial está previsto para a constituição das empresas. Existe, em certos países, uma lei geral que prescreve processo e modos de constituição, ou, então, observam-se, no particular, certas tradições e práticas.”²⁹

O traço comum a todas as *empresas públicas* é sua submissão indiscutível ao regime jurídico de direito privado e, principalmente, ao direito comercial. A regra é aplicável a todos os aspectos de sua atividade.³⁰ No entanto, o caráter *público* das empresas impõe algumas exceções à aplicação integral do direito privado,³¹ como, por exemplo, aos *dirigentes*, às *prerrogativas*, às *sujeições*, à *propriedade dos bens*, aos *contrôles administrativos e financeiros*.³²

O regime jurídico de direito privado das *empresas públicas* deflui de sua própria natureza de *pessoa jurídica de direito privado*. Ora, as pessoas jurídicas privadas subordinam-se ao direito comum, civil e comercial. Por outro lado, trata-se de pessoa privada criada pelo estado, da qual participa o estado e objetivando fins públicos. Logo, *regras exorbitantes e derogatórias do direito comum* estarão presentes na vida da empresa.

A submissão ao regime jurídico de direito privado fica evidenciada pelos seguintes traços: 1. registro; 2. *status* de seu pessoal; 3. relações com terceiros; 4. regime financeiro; 5. submissão ao direito comercial.

A submissão ao regime jurídico de direito público fica evidenciada pelos seguintes caracteres: 1. nomeação e demissão dos dirigentes; 2. intervenção do estado na fixação de preços; 3. prerrogativas de potestade pública; 4. impossibilidade de falência; 5. sujeições e restrições administrativas; 6. natureza dos bens constitutivos de seu patrimônio; 7. multiplicidade de controles administrativos e financeiros.

As empresas públicas, cuja importância, no Brasil, é cada vez maior, ocupando lugar de relêvo em nossa economia, são pessoas jurídicas de direito privado, regidas simultaneamente pelo direito comercial e pelo direito administrativo, criadas de acordo com os arquétipos da lei comercial, sob a forma de sociedade por ações e iniciando sua existência, no mundo jurídico, com o arquivamento de seus atos constitutivos no Registro do Comércio. Aqui, nova situação, *sui generis*, porque se as *empresas públicas* são criadas por lei, basta o texto legislativo, promulgado e publicado, para que a entidade tenha existência legal. A lei reúne os traços de “autenticidade, segurança e validade”, peculiares aos registros públicos (Decreto n.º 4.857, de 9/11/1939 e Decreto-lei n.º 1.000, de 21/10/1969: “Os serviços concernentes aos registros públicos estabelecidos pelo Código Civil para autenticidade,

²⁹ BALOG, Nicola. Ob. cit., v. 88, p. 41.

³⁰ RIVERO, Jean. Ob. cit., p. 421.

³¹ RIVERO, Jean. Ob. cit., p. 425.

³² JACQUIGNON. *Le Régime des Biens des Entreprises Nationales*. 1956; LESCUYER. *Le Contrôle de l'État sur les Entreprises Publiques*. 1958.

segurança e validade aos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido neste..."). Por outro lado, a *empresã pública é pessoa jurídica de direito privado*. E a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governõ, quando precisa (Código Civil, artigo 18).

Assim, tendo sido criada por lei, ficaria dispensada do registro; sendo pessoa privada, necessita do registro. Para que registrar, afinal, a *empresã pública*, se a lei que a criou reúne os requisitos da *publicidade*, da *segurança*, da *certeza*, da *autenticidade* e da *validade*? A lei é emanação do estado e, tanto quanto o *registro*, alicerça e ampara o ato jurídico, legitimando-o.

O *status* de seu pessoal, segundo traço do regime jurídico privado da *empresã pública*, é quase o mesmo dos empregados das *empresas particulares*, regulando-se seus direitos e deveres pela legislação trabalhista. Trata-se de assalariados submetidos à CLT, ao direito do trabalho. Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com as *empresas públicas*, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juizes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos (cf. artigo 110, da Emenda n.º 1 de 1969). Para determinados fins, entretanto, a lei equipara o pessoal servidor das *empresas públicas* ao funcionário público como, por exemplo, para efeitos da tutela penal, para efeitos de acumulação de cargos, incompatibilidade de mandato legislativo, celebração de contratos.

As relações da *empresã pública* com clientes, fornecedores, terceiros, enfim, obedecem os processos do direito comercial e, eventualmente, do direito civil, não do direito público.

O *regime financeiro* escapa, totalmente, às regras da *contabilidade pública*. "A *empresã pública* não tem *orçamento*, mas *estados de previsão*; os resultados da gestão são registrados no balanço anual; os processos de financiamento seguem as técnicas do crédito comercial. Se a realização de um *benefício* não é, diferentemente da *empresã capitalista*, o único fim da gestão, pelo menos é um de seus fins; a *empresã* deve tender a uma gestão, não somente equilibrada, mas ainda beneficiária, a fim de poder utilizar, para seu desenvolvimento, os processos do autofinanciamento, distribuindo-se os excedentes do benefício para o estado ou, proporcionalmente, para o pessoal, conforme normas que variam com os textos."³³

Submissão às regras e usos do direito comercial é, enfim, mais um traço do regime jurídico das *empresas públicas*, o que se evidencia.

³³ RIVERO, Jean. Ob. cit., p. 424.

na organização da entidade, na esfera dos contratos, nos processos de financiamento.³⁴

A *empresa pública*, no entanto, submetida não obstante ao regime jurídico de direito privado, apresenta um caráter ou elemento público, visto que o estado está presente em todos os momentos de sua vida. Daí, certas *exorbitâncias e derrogações*, decorrentes da intervenção estatal. Por isso se diz que o regime jurídico das empresas públicas é de direito privado, de direito comercial, com desvios que a lei fixar, em virtude da presença do estado na pessoa e dos altos interesses em jogo.

Assim, os *dirigentes* das empresas públicas são nomeados e demitidos, na maioria das vezes, por decisão administrativa. Trata-se de cargos de confiança do chefe do executivo e, pois, *ad nutum* da autoridade maior.

Por vezes, o estado intervém na fixação dos preços, reservando-se essa faculdade, sem consulta mesmo aos dirigentes da empresa e não obstante mesmo sua oposição.

Prerrogativas de potestade pública, isto é, a faculdade de tomar iniciativas proibidas aos particulares, constituem outro elemento da empresa pública, exorbitante e derogatório do direito comercial, como, por exemplo, *promover desapropriações* de bens que tenham sido declarados de utilidade pública pelo estado, *cobrança eventual* de créditos por processos administrativos do estado executório, *impossibilidade de decretação de sua falência*, o que seria a própria falência do Estado.

Ao mesmo tempo que goza de *prerrogativas e privilégios*, a empresa pública está submetida a *sujeições ou restrições* como, por exemplo, a da indisponibilidade do patrimônio, a livre alienação de seus bens. Cumpre, a propósito, salientar que os bens em torno dos quais gira a *empresa pública*, ou são bens do domínio público, afetados à empresa, e com seu regime jurídico publicístico, ou são bens manipulados pela entidade. São tais bens *dominiais* ou *dominicais*? Sobre os *bens dominicais* ou *bens do patrimônio privado da empresa* recaem todos os direitos da sociedade privada. Pode vendê-los, permutá-los, com a condição única de, assim procedendo, não concorrer, sob pretexto algum, para diminuir o valor global de tais bens que integram, em última análise, o capital social.³⁵

Por fim, o instituto da *tutela administrativa*, que recai sobre os atos dos dirigentes das empresas públicas, no campo administrativo e financeiro, é outro elemento integrante do regime da entidade, constituindo exorbitância ou derrogação do direito comum.

³⁴ GAJL, Natália. As Empresas Estatais na França, Itália e Polônia. *Revista de Direito Administrativo*. v. 70, p. 43.

³⁵ RIVERO, Jean. Ob. cit., p. 425.

8. *Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista*

Se, na *sociedade de economia mista*, as ações pertencem, em sua maioria, ao estado, na *empresa pública* o estado é detentor de 100% das ações, o capital é exclusivo do estado. Não há conjugação de capital governamental e particular. Vinculam-se mais ao estado do que as *sociedades mistas*, porque o estado é proprietário exclusivo delas. Pessoa governamental que pode operar no campo industrial e comercial, configura algo semelhante ao estabelecimento público industrial.

A *empresa pública* ou é criada diretamente por lei ou resulta da transformação de *sociedade de economia mista* ou, ainda, deriva de um processo de nacionalização.

De qualquer modo, estamos diante do estado comerciante, do *comerciante público*, porque a própria razão de ser das *empresas públicas* é a prática de atos de comércio, do exercício de atividades comerciais.

“O motivo por que a administração participa ativamente há muito tempo, na vida econômica, como produtor ou distribuidor de bens de primeira necessidade, é a necessidade da assistência vital.”³⁶

“A empresa recebe o nome de *pública* quando é mantida pela administração pública, o que é possível de três modos: como empresa fiscal, sem personalidade jurídica própria, como instituição pública com capacidade de direito, por detrás da qual se encontra um sujeito administrativo na qualidade de entidade matriz e, finalmente, como sociedade com capacidade jurídica de direito privado. Distinguem-se, pois, as empresas públicas autônomas e as empresas públicas não-autônomas. Quando numa sociedade com capacidade de direito se junta capital privado com capital administrativo, tomando parte a administração na gerência, a entidade recebe o nome de *empresa de economia mista*.”³⁷

Tomem-se as definições de sociedades de economia mista e substitua-se a parte “da qual o estado acionista, ao lado do particular” por “da qual o estado é acionista único” e teremos a conceituação de empresa pública.

Já definimos, em outro trabalho, as *sociedades de economia mista* como “pessoas jurídicas de direito privado, nas quais, pessoas jurídicas de direito público e particulares conjugam seus esforços para concretizar fins comuns, através da colaboração conjunta, no capital e na direção da empresa, que se estrutura nos moldes congêneres e paralelos do direito privado.”³⁸

Ao mesmo tempo pública e privada, a *sociedade de economia mista* é uma das formas adequadas para a consecução do interesse coletivo,

³⁶ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo 1958, p. 659.

³⁷ FORSTHOFF, Ernst. Ob. cit., p. 662.

³⁸ CRETILLA JÚNIOR. Tratado. v. VII, p. 236.

visto revestir-se dos característicos de uma empresa industrial dirigida para um fim de interesse coletivo e não apenas no interesse pecuniário de seu empresário.³⁹

Razões de natureza técnica e de ordem socioeconômica justificam de maneira ampla a ingerência do estado, no setor privado. Despidendo-se de parte de suas prerrogativas e privilégios, tem o estado possibilidades maiores de locomover-se, de desenvolver atividades no setor comercial ou industrial. Contato mais estreito com a população, afastando conflitos e permitindo que interesses comuns criem raízes idênticas, de outro modo antagônicas, prepara caminho para o *acionarato*.

O estado-acionista, ao integrar a sociedade de economia mista, desce do pedestal privilegiado em que se encontra e, revestindo-se de traços privatísticos, fica sob o impacto das normas jurídicas do direito comum, comercial e civil, sujeitando-se aos estatutos das sociedades anônimas comuns.

Não o estado, como síntese dos poderes soberanos, é claro, mas o estado como sujeito de direito nas relações jurídico-privadas, o estado como centro de imputações de direitos e deveres, o estado particular, o estado comerciante, o comerciante estatal.

Como pessoa jurídica pública, que ingressa numa sociedade, o estado não se coloca nem acima, nem abaixo do direito, nem fora do direito, mas se submete às próprias leis que editou *patere leges quas fecisti*.

Dêsse fenômeno intervencionista decorrem inúmeras conseqüências, com repercussões maiores ou menores na ordem jurídica, econômica e social.

Como sócio, como diretor, ou, simultaneamente, como participante da diretoria e do corpo de acionistas, o estado penetra na empresa, intervindo de vários modos, mas colaborando com o particular em obra de importância vital para a coletividade.

Se a penetração é total, temos a *empresa pública*, se a penetração é parcial, temos a *sociedade de economia mista*.

Os exemplos de *sociedade de economia mista*, no Brasil, são inúmeros, o mesmo não ocorrendo, entretanto, com as *empresas públicas*, que só agora principiam a estruturar-se.

9. *Empresas Públicas Brasileiras*

As *empresas públicas* constituem o mais eloquente exemplo do êxito da intervenção do estado na ordem econômica. O estado comerciante, o estado praticando atos de comércio, o comerciante público, antes inimaginável, é hoje realidade inquestionável. Tal grau na escala intervencionista não foi atingido, porém, no gabinete, mediante pre-

³⁹ LAPIE, Pierre Olivier. *L'État Actionnaire*, 1925, p. 19.

paração teórica apriorística. Ao contrário, teve desenvolvimento gradual, na prática, avançando e recuando, testado dia a dia pelo método do ensaio e erro, ao sabor de longa e constante jornada.

As atividades de natureza industrial e comercial impuseram aos estadistas o problema da opção administrativa, dentro de uma filosofia de governo. E a opção concretizou-se pelo processo intervencionista e de participação.

Primeiro, através da figura da *concessão de serviço público*, processo pelo qual ocorre a transferência, por uma pessoa jurídica pública, de poderes que lhe competem, para outra pessoa, singular ou coletiva, pública ou privada, a fim de que esta execute serviços por sua conta e risco, mas no interesse geral;⁴⁰ depois através da *sociedade de economia mista*, majoritária ou minoritária; mais tarde, pela *sociedade de economia mista majoritária*; e, finalmente, pela *empresa pública*, o estado vai usurpando as atividades comerciais e industriais.

O estado, numa primeira fase, delega ao empresário concessionário; numa segunda fase, passa à categoria de sócio, menor ou maior; numa terceira fase, é o acionista maior; na fase final, é o proprietário exclusivo do empreendimento — é o *empresário público*.

A cláusula de *garantia de juros* e, depois, a *teoria da imprevisão*, entre outras causas, levam o estado a participar dos prejuízos advindos com a outorga da concessão.

Os conflitos entre os interesses do estado e os interesses do particular iriam, também, em breve, ressaltar as desvantagens da *sociedade de economia mista*. Com efeito, os fins visados pelo sócio-estado são radicalmente opostos aos fins pretendidos pelo sócio-particular. O sócio-estado objetiva alcançar o interesse público, no mais alto grau. O sócio-particular objetiva o lucro pessoal, se possível a curto prazo.

Por isso, as *sociedades de economia mista minoritárias* vão desaparecendo, aos poucos, para ceder lugar às majoritárias, como ocorreu no direito brasileiro.

Nas chamadas *sociedades de economia mista de segundo grau*, o capital é controlado quase que totalmente pelo estado, embora indiretamente, visto que outras sociedades de economia mista e autarquias interferem na entidade, como, por exemplo, acontece com o *Instituto de Resseguros do Brasil*, com a *Companhia Usinas Nacionais*, com a *Companhia Aços Especiais de Itabira*, com a *Rêde Federal de Armazéns Ferroviários*, com a *Companhia Siderúrgica VATU*. O capital de todas estas entidades é controlado, de maneira indireta, pelo estado.

Infelizmente, a falta de um levantamento geral de todas as *empresas públicas* existentes, hoje, no Brasil, bem como a ausência de um diploma legislativo, lei geral ou estatuto das *empresas mercantis do estado*, definindo e disciplinando os múltiplos aspectos dessas entidades industriais e comerciais, conduzem à imprecisão de delineamen-

⁴⁰ CRETILLA JÚNIOR. *Tratado*. v. III, p. 121.

tos, suscitando muitas dúvidas que desorientam a doutrina e se refletem, na prática, de maneira danosa.

Exemplo típico de *empresa pública* temos na Rêde Ferroviária Federal, S.A., por força do disposto no artigo 4.º da Lei n.º 3.115, de 1957, mediante o qual a União Federal se tornou a única acionista da entidade, subscrevendo 100% de suas ações, caindo, pois, sob o controle total do estado.

Outros exemplos temos na Companhia de Urbanização da Nova Capital (NOVACAP), em que a União Federal é acionista exclusivo, as Centrais Elétricas Brasileiras (ELETROBRÁS), com a subscrição total do capital inicial pela União.

O processo das empresas públicas continua parecendo ser a opção política, em relação às Caixas Econômicas, no âmbito federal, processo a ser seguido, paralelamente, pelos estados-membros da Federação.

Recentemente, no estado de São Paulo, empreendeu-se a transformação da Caixa Econômica, que é uma *autarquia estadual em empresa pública estadual*.

Como se sabe, a Caixa Econômica Estadual de São Paulo foi criada, como autarquia, pela Lei n.º 1.164, de 7 de agosto de 1951.

O Decreto n.º 52.649, de 5 de fevereiro de 1971, determinou que a Caixa Econômica Estadual se transformasse de *autarquia em empresa pública*, estabelecendo que a partir de 1.º de março de 1971, todos os órgãos da empresa, já devidamente reestruturados, deveriam entrar em funcionamento normal.

O Decreto n.º 52.668, de 8 de março de 1971, dilatou para 30 de abril de 1971 o prazo de implantação da *empresa pública* e conseqüente funcionamento de seus órgãos.

No mesmo dia 8 de março de 1971, o Decreto n.º 62.688 determina: "Art. 1.º — Ficam restabelecidas, até 30 de abril de 1971, as atribuições dos órgãos de administração da Empresa Pública Caixa Econômica do Estado de São Paulo, Conselho e Diretoria Executiva — exercidas até 28 de fevereiro de 1971, de acordo com o estabelecido no Capítulo das Disposições Gerais e Transitórias do Estatuto da Empresa, aprovado pelo Decreto n.º 52.649, de 5 de fevereiro de 1971. Art. 2.º — Ficam restabelecidos, até 30 de abril de 1971, os cargos e a situação funcional de todos os servidores da Caixa Econômica do Estado de São Paulo, existentes entre 5 e 28 de fevereiro de 1971, devendo cada servidor reassumir seu último cargo ou função exercida nesse período. Parágrafo único — A apreciação das opções, manifestadas no período referido neste artigo, para aproveitamento dos servidores da extinta autarquia CEESP, como empregados da Empresa Pública CEESP, será feita a partir de 16 de março de 1971. Art. 3.º — Ficam restabelecidos, até 30 de abril de 1971, os cargos de provimento em comissão, extintos em 28 de fevereiro de 1971, pelo Decreto n.º 52.649, de 5 de fevereiro de 1971."

Ora, por simples *decreto* do poder executivo uma *autarquia* não pode ser extinta, nem criada. O *decreto* é veículo insuficiente e inoperante para tal modificação do meio jurídico. Só a lei pode criar e extinguir pessoas jurídicas de direito público. Só a lei pode metamorfosear um *entre autárquico* em *empresa pública*.

Por isso, o próprio poder executivo, "considerando que a criação da empresa pública se efetivou sem audiência legislativa, o que no caso seria necessário" resolve, primeiro, suspender o prazo de sua implantação, depois, revogar, também por decreto, a suspensão dessa prazo, considerando que a referida criação se tornou um fato consumado, sendo do interesse do executivo seu funcionamento.

Nessas condições, o poder executivo restabelece o *status quo*, implantando a empresa, *ad referendum* do poder legislativo, remetendo-lhe o projeto para apreciação, tudo porque se torna insuficiente a simples suspensão da implantação para a normalização das atividades da Caixa, causando transtornos à direção da empresa, bem como o surgimento de uma série de implicações legais, inclusive no que respeita à prévia autorização legislativa.

Esta série de marchas e contramarchas deixa patente a importância dos estudos de direito público, constitucional e administrativo, o cuidado extremo que se deve empregar no manejo da técnica legislativa, a responsabilidade máxima que cumpre fazer recair sobre os poderes públicos, no setor da criação e extinção de pessoas jurídicas autárquicas e paraestatais.

10. Conclusões

O estudo que fizemos a respeito do advento das *empresas públicas*, no Brasil, permite que tiremos as seguintes conclusões: a) ao lado dos esquemas típicos de direito público, pode a administração recorrer a estruturas do direito comum, civil e comercial, concretizando assim seus fins mediante instrumentos legais submetidos a regime jurídico de direito privado, exceto sob alguns aspectos, ditados pela presença do estado; b) partindo da figura da *concessão*, na qual preponderava a presença do particular, chega o estado à *sociedade de economia mista*, em que ombeira o sócio-particular com o sócio-estado, até atingir-se a terceira fase — a da *empresa pública* —, na qual predomina de maneira exclusiva o poder público, proprietário único da entidade; c) a *empresa pública* nasce ou diretamente da lei, ou da nacionalização de outra entidade já existente; d) a *empresa pública* é criada também a partir de outras entidades, privadas ou públicas, autarquias ou sociedades de economia mista, cujo suporte material é aproveitado, na íntegra, para a transformação, efetivada mediante texto legal; e) a *empresa pública* prevista de modo preciso na lei federal — Reforma Administrativa

Federal —, pode ser criada no âmbito estadual e no âmbito municipal, desde que amparada por prévio texto de lei que não contrarie os princípios da legislação federal, exceto, é claro, as derrogações, nestas duas últimas esferas, constantes da norma autorizadora da formação da entidade; f) o *decreto*, situado logo abaixo da lei na escalonagem hierárquica normativa, é insuficiente e inoperante para a transformação de *autarquia* em *empresa pública*.

PUBLICAÇÕES DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

1. DEPUTADOS BRASILEIROS. (Repertório biográfico dos membros da Câmara dos Deputados — 6.^a legislatura)
2. ANAIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
3. ANAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967
4. PARTICIPAÇÃO DO TRABALHADOR NOS LUCROS DA EMPRESA. (Série Documentos Parlamentares)
5. SÚMULA DE DISCURSOS
6. SÉRIE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO DE 1946
7. REFERÊNCIA LEGISLATIVA
8. RESENHA LEGISLATIVA
9. BIBLIOGRAFIA SÓBRE FEDERALISMO (separata)
10. BIBLIOGRAFIA SÓBRE A UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (separata)
11. APARTHEID. BIBLIOGRAFIA SÓBRE A POLÍTICA DE SEGREGAÇÃO RACIAL NA ÁFRICA DO SUL
12. POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO E ATUAÇÃO DA SUDENE (Bibliografia) (separata)
13. BIBLIOGRAFIA DE JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADA E SILVA (O Patriarca da Independência) (separata)

A venda nas livrarias da FGV ou pelo reembolso postal. Pedidos para a Fundação Getúlio Vargas, Serviço de Publicações, Praia de Botafogo, 188, Caixa Postal 21.120, ZC-05, Rio de Janeiro, GB.