

FORMAS JURÍDICAS DA EMPRESA PÚBLICA

J. CRETILLA JÚNIOR*

1. Empresa pública unipessoal. 2. Correção da colocação inicial. 3. Empresa pública pluripessoal. 4. Conceito de empresa. 5. A empresa no mundo jurídico. 6. Formas jurídicas da empresa pública. 7. Formas da empresa pública brasileira. 8. Formas da empresa pública pluripessoal. 9. O comerciante público. 10. Estados, municípios e Distrito Federal. 11. Conclusão.

1. *Empresa pública unipessoal*

Ao definir, pela primeira vez, em 1967, a empresa pública, a lei brasileira determinou que a entidade, ao ser constituída, poderia “revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”. Estaria porventura o legislador, responsável por esta disposição legal, consultando a realidade brasileira?

Implantando a reforma administrativa federal, o Decreto-lei nº 200, de 1967, dotava a empresa pública de amplitude ilimitada, no tocante à multiplicidade de formas que poderia eventualmente assumir.

Cumprido, porém, observar que o legislador exorbitou, porque de modo algum, de 1967 a 1969, a empresa pública poderia “revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”. Por quê? Pela própria conceituação restrita que lhe dera o Decreto-lei nº 200 (empresa pública é a entidade com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades da administração indireta). Temos, desse modo, a empresa unipessoal da União ou a

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

empresa unipessoal da administração indireta. Em ambos os casos, o capital é exclusivo de uma só entidade, da entidade-matriz ou da entidade-filial — entidade estatal unipessoal. O patrimônio e o capital não estão distribuídos. Concentrando-se nas mãos da União ou de suas entidades da administração indireta.

Logo, a empresa pública, tal como a delineava o Decreto-lei nº 200, era a empresa pública unipessoal que, por isso mesmo, não poderia revestir-se da multiplicidade de formas que o legislador lhe facultara. Daí a incompatibilidade entre as pretensas formas que a entidade, desenhada na definição, poderia *idealmente* assumir, e as *formas reais* que o direito civil e comercial permitem a todo substrato estrutural de determinada entidade, que preencha os requisitos legais suficientes, pressupostos para esta ou aquela assunção formal. Em suma, o legislador outorgou mais do que o direito positivo vigente lhe permitia facultar.

2. *Correção da colocação inicial*

A entrada da empresa pública, por via de texto expresso, no mundo jurídico brasileiro, trouxe vários problemas de ordem teórica e prática, porque, no início, o que se consagrara fora a entidade unipessoal, a “sociedade” de um só, a empresa “em família”, governamental, com patrimônio e capital concentrados.

O que levava o legislador a esse impasse? A resposta é simples. A influência da sociedade de economia mista “aparente”, esta sim, permitindo a concentração da maioria das ações com direito a voto nas mãos da União ou de entidade da administração indireta, mas podendo revestir-se de uma só forma — a de sociedade anônima. Admitia-se assim a participação societária dos acionistas “testas-de-ferro”, para a integração mínima dos sete sócios, exigida pelo direito federal vigente.

Pois bem, a fim de evitar essa pluralidade “aparente” de sócios, os “testas-de-ferro” (no mínimo seis), o legislador criou a empresa pública unipessoal, de capital apenas do Estado (da administração direta ou da administração indireta), mas resvalou quanto às possibilidades formais, abrindo-as, inadvertidamente, para 360 graus.

Nos dois anos seguintes, fervilharam as sociedades de economia mista majoritárias (as únicas, aliás, possíveis, depois do Decreto-lei nº 200), sob a única forma de que se podiam revestir — a de sociedades anônimas — tendo a União (ou entidades de sua administração indireta) como acionista maior e

mais seis sócios de direito privado, para que não se contrariasse a lei das sociedades por ações, art. 38, § 1º, do Decreto-lei nº 2627, de 26 de setembro de 1940. (“Nenhuma sociedade anônima poderá constituir-se sem que se verifiquem, preliminarmente, os seguintes requisitos: a subscrição, pelo menos por sete pessoas, de todo o capital social”). Estados-membros e municípios seguiram o modelo federal e criaram sociedades de economia mista nos mesmos moldes.

E a empresa pública? Pois bem, quando, na prática, se pensou quais os aspectos formais compatíveis com a empresa pública, a conclusão foi única: a nova entidade não poderia, em hipótese alguma, ser sociedade (“societas” é agrupamento de “socii”) porque para a constituição desta seria preciso que celebrassem o contrato respectivo *peessoas que mutuamente se obrigassem a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns* (art. 1363, do Código Civil de 1916). Se a *sociedade* exige a presença de pelo menos *dois*, não pode ela (ou não poderia) constituir-se com um único participante, o que configuraria uma *contradictio in adjecto*.¹

O divórcio entre a definição legal, fixada pelo Decreto-lei nº 200, que permitia total abertura formal, e os moldes tradicionais fixados pelo direito positivo brasileiro e expostos pela doutrina do direito civil e comercial, que restringiam os modelos das entidades constituídas por um só proprietário, obrigou o legislador a repensar o tema, acrescentando novos elementos ao dispositivo consagrado à definição do instituto, de tal modo que se possibilitasse total abertura formal, o que ocorreu com dispositivo expresso do Decreto-lei nº 900, que alterou o conceito de empresa pública, dando-lhe dimensão maior do que a que lhe reservara o Decreto-lei nº 200.

3. Empresa pública pluripessoal

Em boa hora, pois, o Decreto-lei nº 900, de 1969, procurou corrigir os contornos estreitos da empresa pública, redefinindo-a. Primeiro, ao invés de falar em atividades de natureza empresarial, o que não tinha sentido, por configurar pura tautologia (“empresa pública é entidade cujas atividades são de natureza empresarial”), o legislador passou a falar mais corretamente em atividade econômica (“empresa pública é entidade cujas atividades são de natureza

¹ Barea, Juan B. Jordano. *La sociedad de un solo socio*. *Revista de Derecho Mercantil*, pág. 13, 1º trim. 1964. Apud: Costa, Philomeno J. da. Resenha a Grisoli, Angelo. *La società con un solo socio*. Pádua, 1971. *Revista de Derecho Mercantil*, cit. ano 11, nº 7, pág. 161, 1972.

econômica”); ao invés de limitar-se a uma só entidade, que açambarcasse todo o patrimônio e capital, possibilitou a participação de várias entidades, desde que a maioria do capital votante permanecesse de propriedade da União (art. 5º do Decreto-lei nº 900, parte primeira).

Pois bem, com esta modificação “será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos estados, Distrito Federal e municípios” (art. 5º do Decreto-lei nº 900, parte II) estava aberta a possibilidade da criação de empresas públicas pluripessoais.

Mesmo assim, levando-se em conta sua especialíssima natureza (empresa formada apenas de capital governamental, cujos detentores são pessoas estatais), seria correto dizer que a nova entidade poderá revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito? Em síntese, a empresa pública pluripessoal, criada pelo Decreto-lei nº 900, poderá ter a mesma multiplicidade de formas que o direito brasileiro faculta a empresas privadas comuns?

4. *Conceito de empresa*

Para que se compreenda de maneira exata o sentido dos institutos jurídicos empresa privada e empresa pública, é necessário, antes de tudo, que se esclareça o significado preciso do vocábulo metajurídico empresa, que designa o suporte fático daqueles.

A dificuldade de definir a empresa está no fato de esta simples palavra ser muito rica em significados, não cabendo toda a problemática, suscitada por seus vários elementos, numa só proposição, do que “resulta que não se chegou, no âmbito da teoria dos atos de comércio, a fixar uma concepção unitária de empresa”.²

Com efeito, anotava há muito o comercialista Waldemar Ferreira: “Surgem, 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-lhe, depois desse amálgama, o lugar no cenário jurídico, como nova personalidade jurídica de direito privado.”³ E acrescenta: “Empresa, palavra enigmática, transferiu-se também para o domínio

² Barreto Filho, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. 1969, pág. 25.

³ Ferreira, Waldemar. *A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo*. 1956, pág. 84-5.

do direito público e muito se há debatido em torno 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.”⁴

Economistas, comercialistas e administrativistas empenham-se, ainda hoje, em estreimar o *conceito de empresa*, que “é o símbolo da realidade econômica, submetida ao direito mercantil ou, em outras palavras, é o pressuposto jurídico da comercialidade”,⁵ 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”.⁶

Aceitando a colocação francesa, Sílvio Marcondes apóia-se em Reboud e Guittou, que recomendam a definição de François Perroux, assim traduzida: “Empresa é a *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, pela diferença entre dois preços, o preço de custo e o preço de venda, o maior ganho monetário possível.”⁷

“A empresa, elucida Cirne Lima, “é uma 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 aquele realiza, pondo a organização das energias produtoras a serviço dos consumidores dos produtos”.⁸ “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.”⁹

⁴ Id. *ibid.*, pág. 85.

⁵ Barreto Filho, Oscar, *op. cit.*, pág. 23.

⁶ Antunes, J. Pinto. *A produção sob o regime da empresa*, ed. 1954, pág. 90; ed. 1960, pág. 62.

⁷ Marcondes, Sílvio. *Limitação da responsabilidade do comerciante industrial*. 1956. págs. 120-1.

⁸ Virne Lima. *Princípios de direito administrativo*. 4ª ed. 1964, pág. 181.

⁹ Moraes Filho, Evaristo de. *Projeto de código de trabalho*, art. 125.

A Lei que *regula a repressão do poder econômico* (Lei nº 4 137, de 10 de setembro de 1962, art. 6º) entende por empresa “toda organização de natureza civil ou mercantil, destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”. “No sentido funcional, que é o mais adequado, empresa é toda organização da atividade econômica. É, portanto, um conceito genérico, que não corresponde a determinado *tipo* ou *forma* jurídica.”¹⁰

Por estas definições se percebe que o entendimento de empresa longe está de ser unânime, faltando ainda posição conceitual definitiva entre economistas, comercialistas e administrativistas, que possibilite referencial básico para toda e qualquer discussão mais profunda sobre o tema.

Uma coisa, porém, é certa. O lucro constitui elemento integrante do conceito da empresa privada e, se a empresa pública, ou seja, a entidade de direito privado, formada de capital e patrimônio estatal, ocasionar prejuízos, de modo algum isto afasta o lucro como elemento integrante do conceito de empresa, já que é seu móvel psicológico, sua força matriz material. O Estado pode ter outros interesses em mira, que não o *lucro*, mas nem por isso deixa de revelar a boa administração da empresa.

5. *A empresa no mundo jurídico*

Num dado momento, a empresa, modelo privativo dos economistas, passa a integrar os quadros do mundo jurídico, primeiro, no âmbito do direito privado, depois, na esfera do direito público, quando sob esquema privatístico a empresa serve de esquema para o giro de capitais governamentais. Entretanto, não se conseguiu, até hoje, determinar se aquele conceito econômico, aproveitado pelos juristas, poderia servir de suporte fático a pessoas jurídicas e, em caso afirmativo, se a personalidade seria compatível com a fundação ou com a corporação.

No conceito jurídico de empresa, o elemento constitutivo básico — o substrato estrutural — seria: a) um patrimônio, personalizado, afetado a um fim? Ou b) um conjunto de pessoas, personalizado, afetado a um fim? O *fim* ou *finalidade* seria a produção? Ou a distribuição?

Ou ainda, numa simbiose, incompatível com a melhor doutrina jurídica, a empresa seria, ao mesmo tempo, um conglomerado de coisas (fundação)

¹⁰ Barreto Filho, Oscar. A forma jurídica das empresas públicas do Estado e do município. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, v. 2, pág. 200, 1972.

e de pessoas (corporação), para a exploração de determinada atividade a serviço dos consumidores dos produtos?

Sendo, pois, enquanto empresa, destituída de personalidade jurídica, serve, no entanto, de suporte fático da pessoa jurídica. E, nesta qualidade, entra para o mundo do direito privado ou para o mundo do direito público. Se a “organização da produção”, com patrimônio e capital particulares, entra para o mundo do direito e é submetida a regime jurídico puro do direito civil e mercantil, temos a empresa privada; se a “organização da produção”, com patrimônio e capital governamentais, é submetida a regime jurídico de direito privado, mas com “derrogações”, “distorções”, “exorbitâncias” ou “desvios”, temos a empresa pública.

Privada ou pública, porém, a empresa tem substrato comum — organização da produção dirigida a um fim; capital e trabalho conjugados no mesmo sentido. Se o capital é governamental e o fim é de interesse público, estamos diante da empresa pública; se o capital é privado e o fim é particular, a empresa é privada.

Cumprido notar que não existe a categoria jurídica, denominada empresa, como existem as categorias jurídicas “pessoa”, “fundação”, “corporação”, “contrato”, “ato”, bifurcadas depois em privada e pública, envolvendo regimes jurídicos diversos, um do direito privado outro do direito público. Quando se diz que o conceito categorial “pessoa jurídica” é dicotomizado em privado e público, para exprimir dois regimes paralelos e inconfundíveis, isto significa que a pessoa jurídica privada é do âmbito do direito civil e comercial e, que a pessoa jurídica pública é do âmbito do direito administrativo.

Quando, porém, se diz que a empresa se classifica em empresa privada e empresa pública, o raciocínio não é paralelo ao anterior, porque ambas as modalidades de empresas têm personalidade de direito privado, ambas têm regime de direito privado, ambas são reguladas pelas normas do direito mercantil.

A denominação empresa pública — melhor diríamos empresa estatal, empresa governamental — leva o estudioso, à primeira vista, a pensar que se trataria de empresa com personalidade de direito público, regulada por regime jurídico administrativo, informada por princípios publicísticos, quando, na realidade, se trata de organização empreendida pelo Estado, mas adotando estrutura inspirada no direito privado, especialmente no direito comercial.

Qual, então, a diferença específica entre os dois tipos de empresas? É simples. Ambas são organizações para a produção (de bens, de serviços), mas na empresa privada atua o comerciante privado, ao passo que, na empresa pública atua o “comerciante público”. O particular comerciante, praticando

atos de comércio, singulariza a empresa privada. O estado-comerciante caracteriza a empresa pública.¹¹

“É preciso ter presente”, escreve Vedel, “que quando um serviço público, comercial e industrial, é explorado pelo Estado, suas atividades são imputadas ao Estado. A pessoa jurídica que age como intermediária do serviço público industrial e comercial é o Estado. Ora, o Estado, em si, não pode ser comerciante, pois, na realidade, comerciante é a pessoa que faz profissão de comércio e o Estado não faz profissão de comércio. O Estado pode ser levado a fazer comércio, em tal ou qual setor, como intermediário dos serviços públicos industriais e comerciais, mas não pode ser chamado comerciante.”¹²

Por outro lado, a empresa privada objetiva, por excelência, lucros, sua força-motriz, muito embora não possa auferi-los imediatamente, ao passo que o Estado não cria a empresa pública, objetivando lucros, não obstante estes possam surgir, em conseqüência de várias causas, entre as quais a boa direção da entidade. Acrescente-se ainda que as atividades da empresa privada são sempre de natureza econômica e, em especial, industriais e comerciais, ao passo que as atividades da empresa pública podem ser não só “atividades econômicas”, como também “serviços públicos”.

Caracterizando a empresa pública por meio de elementos negativos e de elementos positivos, Vedel aponta, entre os primeiros, o fato de a entidade não ser necessariamente um estabelecimento público (autarquia) e de não gerir necessariamente um serviço público, assinalando que se distingue da empresa privada por não ter entre seus objetivos a obtenção de lucros, pois, mesmo que se submetesse às leis do lucro e da rentabilidade e não gerisse um serviço público, ela não poderia descuidar do interesse geral.¹³ Entre os elementos positivos, o mesmo autor enumera os quatro traços seguintes, que integrariam o conceito da empresa pública, a personalidade jurídica e a autonomia financeira; o objeto industrial ou comercial; o modo da gestão ou do funcionamento bastante próximo daquele das empresas privadas; o impulso e o controle do Estado ou de pessoas públicas.¹⁴

¹¹ Cf. Vedel. *Droit administratif*. 4ª ed. 1968, pág. 642; 5ª ed. 1973, pág. 740.

¹² Vedel op. cit. 4ª ed., pág. 642.

¹³ Vedel. op. cit. 5ª ed., pág. 752.

¹⁴ Id. *ibid.*, pág 751-3.

6. *Formas jurídicas da empresa pública*

A doutrina francesa, tratando precisamente das formas jurídicas da empresa pública,¹⁵ assinala que, na França, as formas dominantes assumidas pela entidade são o estabelecimento público (autarquia) e a sociedade, admitindo esta última duas variedades: a) as sociedades de capital público, nas quais a totalidade do capital está nas mãos do Estado, ou, pelo menos, nas de pessoas públicas (bancos, seguros); b) as sociedades de economia mista de participação pública majoritária, como, por exemplo, a Air-France.¹⁶ Além disso, “introduziu-se uma complicação suplementar, pelo fato de certas empresas públicas gerirem um serviço público sob o regime de concessão”,¹⁷ como no caso concreto da Eletricidade de França e de Gás de França, sucessora das antigas empresas privadas de produção ou de distribuição em sua qualidade de concessionárias do Estado ou das coletividades locais. O regime da concessão reintroduz o direito administrativo nas relações destes estabelecimentos com as autoridades concedentes, mas a substituição de um concessionário privado por um concessionário público transforma profundamente o regime clássico da concessão.¹⁸

Em suma, na França, a empresa pública pode revestir-se da forma de autarquia, lá identificada, de certo modo, com o estabelecimento público; da forma de sociedade de capital público total; da forma de sociedade de capital público majoritário;¹⁹ ou finalmente, da forma de concessionária.²⁰

7. *Formas da empresa pública brasileira*

A pessoa jurídica, quanto ao substrato estrutural (ou estrutura interna), assume ou a forma de fundação ou a de corporação, subdividindo-se esta em sociedade e associação. No direito universal, a corporação é unipessoal ou pluripessoal. Passemos ao direito pátrio.

Quando o Decreto-lei nº 200, depois de definir a empresa pública, de maneira restrita, “fechando-a” nas fórmulas unipessoais — “patrimônio próprio e capital exclusivo da União” ou “patrimônio próprio e capital exclusivo das

¹⁵ Id. *ibid.*, pág. 752; Rivero. *Droit administratif*. 6ª ed. 1973, págs. 458-60.

¹⁶ Vedel. *op. cit.* 5ª ed., pág. 753.

¹⁷ Id. *ibid.*, pág. 756.

¹⁸ Cf. Rivero. *op. cit.*, pág. 460.

¹⁹ Vedel. *op. cit.* 5ª ed., pág. 753.

²⁰ Rivero. *op. cit.*, pág. 460.

entidades da administração indireta federal” — para depois “abri-las”, por inadvertência, para que pudessem “revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”, remeteu o intérprete ao correspondente texto de lei federal — Código Civil, art. 16, que traça o rol das pessoas jurídicas de direito privado que, em suma, são: a) sociedades de diversos fins; b) associações de utilidade pública; c) fundações; d) sociedades mercantis, as quais se reduzem a dois tipos: corporações (sociedades e associações) e fundações. As sociedades civis regem-se pelo Código Civil, as sociedades comerciais pelo estatuído nas leis comerciais.

De nenhuma dessas formas poderia revestir-se a empresa pública unipessoal, como pretendia o Decreto-lei nº 200. No entanto, sendo lei federal, o Decreto-lei nº 200 poderia inovar na ordem jurídica pátria. E inovou, já que compete à União legislar, em *caráter exclusivo*, sobre direito civil e direito comercial (Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 8º, XVII, b). A partir da edição do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, nosso sistema jurídico passou a admitir a sociedade pública de um só membro, única forma, aliás, *sui generis*, de que poderia revestir-se.

O problema da multiplicidade formal surgiu, em 29 de setembro de 1969, quando o Decreto-lei nº 900 corrigiu o equívoco do legislador de 1967, redefinindo a empresa pública, agora pluripessoal ao lado da unipessoal, mantida na lei.

“Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos estados, Distrito Federal e municípios” (art. 5º do Decreto-lei nº 900). Aqui a possibilidade da criação de empresas públicas pluripessoais e, apenas aqui, a abertura total formal.

Desse modo, ao passo que a empresa pública unipessoal, quer pelo Decreto-lei nº 200, quer pelo Decreto-lei nº 900, não se pode revestir de qualquer das formas oferecidas pelo nosso direito civil e comercial, a empresa pública pluripessoal poderá revestir-se de inúmeras formas — não de todas — desde que compatíveis com sua especialíssima natureza estatal.

8. *Formas da empresa pública pluripessoal*

As formas que as pessoas jurídicas assumem são apenas duas, no que diz respeito ao substrato estrutural: fundações e corporações, subdividindo-se estas em sociedades e associações, distintas pelo tipo de finalidade. A socie-

dade será regida ou pelo Código Civil — sociedade civil — ou pelo que for estatuído nas leis comerciais — sociedade comercial (ou sociedade mercantil).

Classificam-se as sociedades comerciais em: a) anônimas; b) de capital e indústria; c) por cotas; d) em comandita simples; e) em comandita por ações; f) em nome coletivo; g) em conta de participação.

“Excluídas as sociedades civis, por incompatibilidade do objeto, restam para as empresas públicas as formas de sociedades mercantis...”²¹

De substrato personativo, a empresa pública pluripessoal jamais se pode revestir da forma de fundação, contrariamente ao que ocorre com a empresa pública unipessoal, que admite a forma fundacional, desde que resulte da transformação de antiga *autarquia* (fundação de direito público), já que o substrato sobre o qual repousa é patrimonial. É o caso, por exemplo, do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), autarquia federal criada pela Lei nº 1 628, de 20 de junho de 1952, enquadrada depois pela Lei nº 5 662, de 21 de junho de 1971, na empresa pública federal correspondente, dotada de personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio e vinculação ao Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, nos termos do art. 189 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, sendo o capital inicial da entidade pertencente na sua totalidade à União.

O BNDE era autarquia-fundação — fundação de direito público — logo, era “patrimônio, personalizado, dirigido a um fim”. Ao se enquadrar em empresa pública, transformou-se em empresa pública unipessoal. Alterou-se o regime jurídico, que passou de público a privado, mas o substrato estrutural continuou o mesmo. Era fundação pública, passou a fundação privada. Os fins ficaram inalteráveis. Logo, empresa pública, gravitando em torno de substrato patrimonial.

Tratando-se, porém, de empresa pública pluripessoal, as formas serão sempre societárias, dentro dos modelos oferecidos pelo direito mercantil, a saber: a) anônimas; b) de capital e indústria; c) por cotas; d) em comandita simples; e) em comandita por ações; f) em nome coletivo; g) em conta de participação. Resta indagar quais desses modelos são “compatíveis” e quais os “incompatíveis” com a especialíssima figura da empresa pública.

1. Sociedade anônima. A empresa pública pluripessoal federal pode revestir-se da forma de sociedade anônima e “com qualquer número de sócios”, sete, seis, cinco, quatro, três, dois (e até um) mas, neste último caso, teríamos a

²¹ Barreto Filho, Oscar. A forma jurídica das empresas do Estado e do município, rev. cit., pág. 201.

“sociedade unipessoal”, a sociedade de um único sócio. No âmbito federal, isso é possível, porque lei federal derroga lei federal e, na hipótese, o requisito de sete sócios, exigido pela lei das sociedades anônimas (Lei nº 2 627, de 1940, art. 38, § 1º), estaria por terra. No âmbito estadual e municipal a hipótese era absurda, porque até a edição do Ato Institucional nº 8, não ocorria tal abertura legal, de acordo com o Decreto-lei nº 200. Na esfera federal, depois do Decreto-lei nº 900, se a União tiver a maioria do capital votante, neste será admitida a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno (estados e municípios), bem como de pessoas jurídicas de direito privado estatais, das três esferas (autarquias federais, estaduais e municipais; empresas públicas federais, estaduais e municipais; sociedades de economia mista federais, estaduais e municipais; autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista do Distrito Federal).

“A esta sociedade anônima, formada com capital exclusivo do Estado, caberia chamar de sociedade administrativa, para contrapô-la à sociedade de economia mista.”²²

Deste modo, no âmbito federal, sociedade anônima é a forma jurídica de que se podem revestir as empresas públicas, quer unipessoais, quer pluripessoais.

O Banco Nacional da Habitação (BNH) é atualmente uma empresa pública federal, vinculada ao Ministério do Interior, com abertura, entretanto, para a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto deverão sempre pertencer, majoritariamente, à União ou à entidade da administração indireta, consideradas nulas e inoperantes as operações de alienação infringentes deste preceito (art. 6º, b, da Lei nº 5 762, de 14 de dezembro de 1971).

Que era antes o BNH? Ao ser criado pelo Governo federal (Lei nº 4 380, de 21 de agosto de 1964, art. 2º, I), o BNH era um dos instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico — setor habitacional — autarquia da União, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica de direito público e patrimônio próprio (art. 16). Embora lhe fosse interdito operar diretamente no financiamento, compra e venda ou construção de habitações, a autarquia federal BNH podia agir como órgão orientador, disciplinador e de assistência técnica (art. 17, parágrafo único), tendo, por finalidade, entre outras, “financiar ou refinar projetos relativos à instalação e desenvolvimento da indústria de materiais de construção e pesquisas tecnológicas, necessárias à melhoria das condições habitacionais do País (art. 17, VIII, da Lei nº 4 380, de 21 de agosto de 1964). Quer como autarquia,

²² Id. *ibid.*, pág. 204.

quer como empresa pública, o BNH sempre agiu como comerciante público.²³ Com efeito, é difícil recusar a qualidade de comerciante a pessoas jurídicas cuja razão de ser é o exercício de atividades comerciais.²⁴

Assim, o BNH, autarquia-fundação ao ser criado, em 1964, foi enquadrado, em 1971, na categoria de empresa pública. Alterou-se o regime jurídico, mas conservou-se o objetivo. Em ambos os casos, patrimônio, personalizado, dirigido a um fim. No presente, sociedade administrativa unipessoal (ou fundação?), com futura opção para a sociedade de economia mista, tendo a União por sócio majoritário.

2. De capital e indústria. Diz-se que a empresa pública pluripessoal federal reveste-se da forma de sociedade de capital e indústria quando, nos termos do art. 317 do Código Comercial, combinado com o que preceituam os Decretos-leis nºs 200 e 900, a União detém a totalidade do capital votante e é dona exclusiva do patrimônio, permitindo-se a participação de outras entidades estatais (da administração indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios), a União entrando com os fundos necessários para a atividade econômica (negociação comercial, em geral, ou operação mercantil, em particular), e as demais entidades cooperando apenas com o *know-how* (indústria, trabalho, mão-de-obra). Em suma, o capital é da União; a indústria de outras entidades estatais.

Se, por exemplo, o Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo (IPT), autarquia estadual associada à universidade, criada pelo Decreto-lei nº 13979, de 16 de maio de 1944, tendo por finalidade propiciar a continuidade do desenvolvimento tecnológico industrial, bem como outras entidades, da mesma natureza, participarem de uma sociedade com a União, entrando esta com o capital e as demais entidades com a técnica, estará constituída uma empresa pública federal sob a forma de sociedade de capital e indústria. Na realidade, porém, sendo a sociedade de capital e indústria “simples variante da sociedade em nome coletivo”, é impossível revestir-se dessa forma a empresa pública, porque, em ambas, deve figurar pelo menos um sócio comerciante.

3. Outras formas de sociedades mercantis. Totalmente incompatíveis com a natureza especial da empresa pública, as demais formas que o direito comercial faculta às sociedades, porque em todas elas — sociedade por cotas, socie-

²³ Vedel. op. cit. 4ª ed., pág. 642; 5ª ed., pág. 740

²⁴ Rivero. op. cit., pág. 457.

dade em comandita simples, sociedade em comandita por ações, sociedade em nome coletivo, sociedade em conta de participação — é pressuposto necessário a participação de pessoa que faça do comércio sua profissão. Ora, o Estado não é comerciante. Logo, as formas delineadas pelo direito mercantil não podem servir de roupagem para a empresa pública, já que se destinam às sociedades de comerciantes. Por sua vez, as sociedades de economia mista que, por sua própria natureza, podem admitir sócios privados, estão enclausuradas numa só forma — a sociedade anônima.

9. O comerciante público

Além das funções normais que desempenha — serviços públicos típicos — (“o Estado é uma usina de serviços públicos”), o Estado moderno exerce outros tipos de atividades, concorrendo com o particular — atos de indústria e atos de comércio. O estado-industrial e o estado-comerciante são realidade inequívoca de nossos dias. E isso independentemente do regime jurídico seguido, porque não existe mais relação alguma entre o molde jurídico e a natureza do objeto perseguido. O objeto não condiciona a forma.

Uma entidade de direito público, como a autarquia, pode desempenhar, por exceção, atividades privadas; uma entidade de direito privado, como a empresa pública, pode desenvolver serviços públicos.

Estudando de modo radical a tormentosa distinção entre o direito público e o direito privado, o tributarista Achille Donato Giannini sustentou que se trata de distinção de meios, não de fins, de distinção formal e instrumental, não substancial.

No caso presente, os meios (a parte formal ou instrumental) tanto podem ser submetidas a regime jurídico privado (empresa pública), como podem também usar o regime jurídico público (autarquia), ao passo que os fins (os objetivos, a parte substancial ou material) tanto podem ser privados — atividades econômicas, industriais e comerciais — como podem ser públicos — serviço público, *lato sensu*, ou serviço administrativo.²⁵

Na hipótese da empresa pública, o objetivo, o fim é, regra geral, a prestação de atividades econômicas típicas — indústria e comércio — e, nesse caso, o regime jurídico aplicável é o de direito privado, civil e comercial, com “desvios”, “exorbitâncias”, “derrogações”, “distorções”, em razão da presença de capitais governamentais e do próprio Estado, na entidade, ou o objetivo,

²⁵ Cf. Giannini, Achille Donato. *Instituzioni di diritto tributario*. 9ª ed., 1965, pág. 66.

o fim é, regra geral, a prestação de serviços públicos típicos, “indelegáveis” (distribuição de justiça e poder de polícia) ou “delegáveis” (correios e telégrafos, por exemplo), configurando-se nestas duas últimas hipóteses a descentralização, e nesse caso, o regime jurídico aplicável, não obstante de direito privado, civil e comercial, é acentuadamente mais público do que o anterior, ou seja, com mais prerrogativas, com mais privilégios, mas também com mais sujeições.

Desse modo, atividades referentes à indústria e ao comércio podem ser submetidas às regras do direito mercantil, regendo-se por dispositivos do direito civil e do comercial.

Basta esse pressuposto para que se possa falar em estado-comerciante? Em comerciante de direito público? O estado-comerciante é realidade inquestionável dos dias de hoje? É facultado ao poder público, analogamente ao que se permite ao particular, a prática habitual e profissional de atos de comércio? E, para tanto, é legítimo o enquadramento de tais atividades nas categorias clássicas e consagradas do direito comercial?

O tema tem preocupado a doutrina francesa, no capítulo das empresas públicas. Com efeito, o objetivo normal da empresa pública é o “exercício de atividades econômicas”, industriais, comerciais, mercantis, ou a produção de serviços.

Estudando o assunto, Vedel assinala que a mudança do adjetivo comercial, que exprime apenas “gênero de atividade”, para o adjetivo comerciante, que implica a aplicação de estatuto jurídico *sui generis* é plena de conseqüências. Pode surpreender a indagação, porque cabe perguntar em que o fato de reconhecer “personalidade jurídica” ao serviço público comercial, transformando-o em autarquia, pode alterar o fundo da questão. É preciso ter em mente, porém, que quando o serviço público industrial e comercial é explorado pelo Estado, suas atividades são imputáveis a este. A pessoa jurídica empresa pública, que age para a consecução do serviço público industrial e comercial, é o Estado; ora, o Estado não pode ser “comerciante”, de maneira alguma, a não ser nos regimes de total intervenção estatal, em que o poder público “publiciza” todo o direito e tem 100% de ingerência nas atividades privadas.

Com efeito, comerciante é a pessoa que faz profissão de comércio e o Estado não realiza profissão de comércio, sendo seus “atos de comércio” exceção, dentro de seu quadro global de atividades típicas (serviços públicos).

Pode ocorrer que o Estado se imiscua em atividades que se essemelhem ao comércio, mas o objetivo fundamental que o impulsiona é o da defesa dos

interesses nacionais, “de todos e de cada um”, e não a realização de lucros de qualquer espécie, como finalidade primeira. Se houver lucro, este é reaplicado na melhoria dos serviços e não distribuído como “prêmio” aos investidores.

Sem dúvida, a atividade industrial e comercial, que não é serviço público, em si e por si, poderá ser realizado em obediência a regras de direito privado, como, aliás, todos os serviços públicos de gestão privada, mas nem por isso o Estado será comerciante, e não será submetido, por esse fato, às regras impositivas do código de direito comercial e leis federais que o complementem.

Daí, a colocação, já referida, de Rivero que, analisando a natureza jurídica da empresa pública e a qualidade de comércio que a doutrina e o próprio direito positivo lhes atribui, chega afinal às seguintes conclusões: “Parece difícil, todavia, recusar a qualidade de comerciante a pessoas jurídicas cuja razão de ser é o exercício de atividades comerciais. A criação de uma categoria nova de ‘comerciante público’, proposta pelo decano Vedel, é válida apenas na medida em que explica, ao mesmo tempo, a comercialidade essencial dessas empresas e as restrições trazidas pelo direito público a tal comercialidade.”²⁶

10. *Estados, municípios e Distrito Federal*

Até 2 de abril de 1969, data da promulgação do Ato Institucional nº 8, estava em pleno vigor o Decreto-lei nº 200, que implantara a reforma administrativa federal, que definia a empresa pública unipessoal, como a entidade “com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades da administração indireta”.

A dúvida que a todos perseguia — “o Decreto-lei nº 200 vale apenas para o âmbito federal?” — foi resolvida de uma vez por todas, porque o Ato Institucional nº 8 atribuiu ao Poder Executivo dos estados, do Distrito Federal e dos municípios de população superior a 200 000 habitantes, competência para a realização, *por decreto*, da respectiva reforma administrativa local, observados os princípios fundamentais, adotados para a administração federal.

A adoção pura e simples dos princípios fundamentais permitiu a implantação por decreto — e, com maior razão jurídica, então, por lei, dos corpos legislativos locais — de paralelas reformas administrativas, passando o Decreto-lei nº 200 a valer, nos demais aparelhamentos, como verdadeira “constituição federal”, em matéria administrativa: estados-membros, municípios e

²⁶ Rivero. op. cit., págs. 457-8.

Distrito Federal podem realizar tudo o que o diploma federal permite, só o que ele permite, nada mais do que ele permite. Desse modo, os princípios que presidiam à criação da empresa pública unipessoal da União passaram a ser válidos para os estados, municípios e Distrito Federal.

O que se disse a respeito do Decreto-lei nº 200 é válido para o Decreto-lei nº 900, editado cinco meses depois. Como este alterou, na esfera federal, o conceito da empresa pública, permitindo a criação desta sob a forma pluripessoal, o reflexo foi imediato no âmbito dos estados, municípios e Distrito Federal, que tiveram permissão, por decreto, de criar empresas públicas pluripessoais locais.

Assim, autorizados pelo Ato Institucional nº 8, os estados-membros, os municípios e o Distrito Federal, com população de mais de 200 000 habitantes, implantaram as respectivas reformas administrativas, obedecendo os princípios fundamentais federais (Decretos-leis nºs 200 e 900), organizando empresas públicas: a) unipessoais, com patrimônio próprio e capital exclusivo da entidade-matriz local; b) pluripessoais, com a maioria do capital votante permanecendo de propriedade da entidade-matriz local.

Nem se diga, depois da edição do Ato Institucional nº 8, que esteja havendo derrogação da lei federal, pois os atos institucionais, verdadeiras leis de nível constitucional, estendem às entidades mencionadas a possibilidade de se organizarem analogamente à União. O que se disse nos parágrafos anteriores, a respeito das formas jurídicas da empresa pública federal, pode estender-se, depois do Ato Institucional nº 8, aos estados, municípios e Distrito Federal que tenham implantado suas reformas administrativas.

Distinga-se, porém, com toda a precisão, a empresa pública, formal e materialmente. Sob este segundo aspecto a empresa pública tanto pode desempenhar atividades privadas, industriais e comerciais, como pode exercer serviços públicos, nesta última hipótese, regra geral, quando resulta da transformação de antiga autarquia. Esta modalidade, no entanto, constitui total afastamento do que dispõem todas as leis brasileiras, que jamais cogitaram de empresa pública destinada à exploração de serviços públicos.

11. *Conclusão*

As formas da empresa pública brasileira têm como ponto de partida o próprio substrato das pessoas jurídicas que, segundo nosso direito civil, ou são fundações ou corporações, subdividindo-se estas últimas em associações e sociedades. Por sua vez, o direito mercantil enumera as sociedades comerciais,

distinguindo-as de acordo com as relações estabelecidas entre os sócios comerciantes, o modo de participação nos lucros, a maneira da gerência da entidade.

Com o aparecimento do comerciante público, o direito administrativo foi buscar no direito mercantil os princípios informativos das sociedades comerciais, procurando harmonizá-los com os que presidem à estrutura da empresa pública.

Por tudo isso, entendemos que a fórmula amplíssima, estabelecida na lei federal — “a empresa pública pode revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito” — deve receber uma adição restritiva — “desde que compatível com sua espécie”.

FUNDAÇÕES — NO DIREITO, NA ADMINISTRAÇÃO

Inúmeras questões, de vivo interesse e atualidade, são expostas e discutidas por Homero Senna e Clóvis Zobaran Monteiro neste livro que é o mais completo tratado sobre as **fundações** em língua portuguesa. De grande utilidade para administradores, advogados, alunos de Faculdades de Direito, Economia e Escolas de Administração, a obra estuda também outras categorias de pessoas, tais como autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas.

À venda nas principais livrarias ou pelo reembolso postal.

Pedidos para a Editora da Fundação Getúlio Vargas,

Praia de Botafogo, 186, Caixa Postal 9 052, ZC-02,

Rio de Janeiro, R. J.