

DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PRIVADO NAS EMPRESAS ESTATAIS

CAIO TÁCITO

1. *Evolução histórica*

As empresas constituídas pelo poder público têm origem remota — conforme assinala Aliomar Baleeiro — no propósito de captar recursos para o Erário Real.¹ As companhias ou empresas do período pré-colonial, destinadas à manufatura ou à busca de matérias-primas, antecederam às modernas sociedades comerciais do Estado.

Mas essas empresas do século XV — de que foram modelos as Companhias das Índias Orientais e Ocidentais, os empreendimentos portugueses ultramarinos ou as tapeçarias francesas — não se confundem nem se identificam com as experiências contemporâneas de capitalismo do estado.

As modernas empresas públicas em sentido lato (de que as sociedades de economia mista são um gênero, a se caracterizar, como o próprio nome indica, pela comunhão de capital público e privado) são *serviços públicos virtuais*, nos quais a forma é de direito privado, mas o substrato é público.

A sociedade privada, não obstante a função social da empresa, é voltada para o acionista; a empresa pública e a sociedade de economia mista — devendo também atender ao interesse dos acionistas — são voltadas para o usuário, ou seja, para a comunidade.

¹ *Introdução à ciência das finanças*. v. 1. p. 130.

2. *As modernas empresas públicas*

A criação de empresas públicas no Brasil é um episódio recente, que acompanha o crescimento da intervenção do estado no domínio econômico.

Muito embora já se possa encontrar, 1808, a criação do Banco do Brasil, mediante associação de capitais públicos e particulares (Alvará de 12 de outubro de 1808, que criou o primeiro Banco do Brasil com capitais privados, a que se veio a associar a Coroa em 1812), a empresa pública, com os contornos atuais, ingressa na vida econômica nacional com o Instituto de Resseguros do Brasil, em 1939, a Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, e a Companhia do Vale do Rio Doce, em 1942. A essas se seguiram a Companhia Nacional de Álcalis, em 1943, a Companhia Hidrelétrica do São Francisco, em 1945, e a Fábrica Nacional de Motores, em 1946.

Com o restabelecimento do Congresso Nacional, a lei federal instituiu novas empresas públicas, entre as quais sobressaem a Petróleo Brasileiro S.A. — Petróbrás (1953) — com o monopólio estatal e a Eletrobrás — Centrais Elétricas Brasileiras (1961) — empresa *holding* do sistema federal de eletricidade.

A velocidade na expansão no setor — considerado apenas o plano federal — pode ser medida pelo recente recenseamento feito pela Secretaria de Controle das Empresas Estatais (Sest) que, em setembro de 1981, arrolou 530 empreendimentos econômicos da União. Excluídos desse número as autarquias, fundações, órgãos autônomos e entidades gestoras de parafiscalidade, restam ainda 360 pessoas jurídicas sob forma societária de primeiro grau ou subsidiárias, nas quais prevalece o capital público.

3. *Princípios da subsidiariedade, da reserva legal e da especialidade*

E certo que, no sistema de sociedade aberta e de economia de mercado — que é de nossa tradição política — a atividade econômica pública é, por definição constitucional, complementar da iniciativa privada, obedecendo ao *princípio da subsidiariedade*.

O art. 170, combinado com os §§ 23 e 28 do art. 153, estimula o postulado da liberdade de comércio e indústria, prefigurando, em grau de prioridade, o domínio da iniciativa privada sobre a iniciativa pública, no atendimento às necessidades do desenvolvimento nacional. Na retração do capital privado é que deve avançar o investimento estatal que a Constituição considera suplementar e, portanto, secundário em relação ao capital privado.

Acresce que o juízo de oportunidade e conveniência da atividade econômica pública é matéria privativa do legislador (*princípio da reserva legal*) e cada empresa do estado encontra, na lei que a institui, o campo específico de atividade que não pode ultrapassar (*princípio da especialidade*).

4. *Princípios constitucionais*

Adotando o modelo de direito comercial como procedimento de descentralização administrativa, o legislador importa a forma privada como um instrumento operacional mais flexível, adequado à prestação de serviços comerciais ou industriais. As entidades assim criadas e revestidas de personalidade de direito privado são, contudo, entes administrativos aos quais a lei atribui o desempenho de um serviço público econômico.

Instituindo-as, o legislador regula matéria própria do direito administrativo na medida em que estabelece a estrutura de um órgão descentralizado da administração pública e o habilita ao exercício de suas atribuições. Para tanto, é certo, socorre-se de normas e procedimento de direito comercial, aos quais adita preceitos excepcionais predominantes.

Dominada pelos objetivos que lhe são traçados na lei institucional própria, a empresa estatal tem como *norma primária* a lei administrativa e como *norma subsidiária* a lei comercial, a que aquela remete. Trata-se de um escalonamento de valores e de prioridades, em que a finalidade da empresa estatal prevalece sobre sua *funcionalidade*. É precisamente para alcançar seus *fins públicos* que a empresa estatal deve aplicar, na exploração da atividade econômica a que se destina, a mecânica e a dinâmica privada.

Exatamente porque tem como finalidade o exercício de uma parcela definida da atividade pública, embora com a vestimenta privada, é que toda e qualquer empresa pública ou sociedade de economia mista deve emanar de uma autorização em lei.

Sua criação importa, a uma só vez, na delegação de uma competência estatal como na personalização de um patrimônio público. O ente descentralizado da administração pública não ficará aquém nem além do âmbito de atividade que a lei determina como seu objeto social, que irá cumprir sob controle e supervisão dos órgãos centrais do esquema administrativo, como satélites de um sistema planetário.

A exceção que a lei estabelece quanto à incidência das normas comerciais no regime jurídico das empresas estatais resulta, precisamente, do predomínio do *conteúdo* sobre a *forma*. Durante algum tempo colocou-se em dúvida a competência dos estados e municípios para criar empresas públicas e sociedades de economia mista sob o fundamento de que é privativo da União legislar sobre o direito comercial. Pacificou-se, porém, o entendimento de que, dispondo de forma especial sobre a matéria, aquelas pessoas de direito público interno exercem a competência, que lhes é própria, de organizar seus serviços administrativos, ou — para adotar a terminologia constitucional — os serviços de seu peculiar interesse.

O conceito das empresas públicas e sociedades de economia mista foi longamente elaborado pela doutrina, à luz dos princípios gerais de direito. Já agora

o direito positivo brasileiro definiu-lhes, de forma expressa, os elementos essenciais.

O Decreto-lei nº 900, de 1969 (dando nova redação ao art. 5º do Decreto-lei nº 200, de 1967) considera

“empresa pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para 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”

e

“sociedade de economia mista — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para exploração de atividade econômica, sob forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade da administração indireta”.

Ficam, ambas, sem prejuízo de autonomia de gestão, submetidas à supervisão ministerial, mediante a qual os órgãos da administração indireta integram o planejamento administrativo global e se harmonizam na consecução dos objetivos da política governamental.

Acentuando, de forma marcante, a liberdade de gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista, a Constituição federal especifica que deverão reger-se “pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações” e, mais ainda, que a empresa pública que explorar atividade não monopolizada “ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas” (art. 170, § 2º e 3º).

A norma constitucional deve, no entanto, ser entendida mais em seu espírito do que na literalidade de seu texto. Dela não se há de extrair a *contrario sensu* a inaplicação de normas próprias de direito público, até mesmo nos dois campos que especialmente destaca: o regime de seu pessoal e o da regulação de suas obrigações.

A própria Constituição antecipa ressalvas a essa interpretação quando equipara seus empregados aos servidores públicos, vedando-lhes a acumulação de cargos (art. 99, § 2º) ou quando interdita aos deputados e senadores determinados vínculos com aquelas entidades, como firmar e manter contratos, aceitar ou exercer cargos, funções ou empregos, ou, ainda, patrocinar causas de seu interesse (art. 34, I, *a e b*, e II, *b e d*).

As dotações globais dos órgãos da administração indireta necessariamente figuram no orçamento público (art. 62) e sobre as suas contas se exercerá o controle externo do Tribunal de Contas (art. 70, §§ 1º e 3º). As empresas públicas se estende a competência da Justiça Federal (arts. 110 e 125).

Não é suficiente o ingresso de capital público para caracterizar uma sociedade de economia mista. A participação acionária poderá representar mero investi-

mento ou garantia especial de crédito se não corresponder, paralelamente, à outorga de um encargo de serviço público, expresso em lei especial. Em tal hipótese, a presença do estado é emergencial ou episódica e não elide a natureza estritamente privada da sociedade comercial.

A lei prevê, por exemplo, a tomada de ações pelo Banco do Brasil ou pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social em empresas que financiem, assim com recebimento pela Eletrobrás de ações de concessionárias de serviço público de energia elétrica, na qualidade de representante de consumidores. Em tais casos, a eventual influência do estado nos negócios da sociedade será determinada pelo seu poder de voto nas assembleias gerais.

5. *As sociedades de economia mista na Lei de Sociedades por Ações*

A atual Lei de Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 1976) reafirma o princípio de que “a constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa” (art. 236), subordinando-se à disciplina comercial, “sem prejuízo das disposições especiais de lei federal” (art. 235).

Jamais, no entanto, uma sociedade de economia mista será uma típica sociedade comercial privada. A mesma lei societária, dispondo no sentido de que “a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador”, adianta de logo a diferença capital de que “poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação” (art. 238).

Essa norma retrata o temperamento que sofre, na companhia de economia mista, o princípio da *affectio societatis*, que exprime, na sociedade privada, a comunhão dos acionistas.

Na sociedade de economia mista não é apenas a posição majoritária que discrimina os acionistas. Há uma nítida diversificação entre o estado-acionista controlador, que visa a exercer uma missão de interesse público relevante e o investidor privado, legitimamente inspirado pelo exclusivo espírito de lucro. Há um conflito latente entre dois pólos de interesse, ou seja, entre a permanência do acionista estatal, inerente à própria natureza da companhia de economia mista (cujo objeto social se confunde com a prestação de um serviço público lato) e a flutuação dos acionistas privados minoritários, precipuamente atraídos pela rentabilidade das ações e suas cotações bursáteis (as *blue chips* das bolsas de valores).

De tal forma o Estado como acionista perturba o equilíbrio da sociedade que a Lei de S.A., instituiu um direito especial de recesso para os acionistas “sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento (...) salvo se já se achava sob controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessionária de serviço público” (art. 236, parágrafo único).

E que a aquisição compulsória do controle desqualifica os objetivos originais da companhia e quebra a comunhão de interesses entre os sócios, sobrepondo-lhes o interesse público que passa a dominar a condução dos negócios da sociedade. As exceções previstas confirmam a regra, posto que nas companhias já sob controle público, ou nas concessionárias, a condição de um serviço público virtual precede ao ato expropriatório.

Qualifica a atual Lei das S.A., normas peculiares às companhias de economia mista. A par da já mencionada necessidade de prévia autorização legislativa, cumpre à respectiva lei institucional determinar o objeto social que devem perseguir (art. 237). Nelas é obrigatória a existência de conselho de administração e de conselho fiscal permanente, assegurada a participação da minoria (arts. 239 e 240).

As companhias de economia mista poderão constituir subsidiárias ou participar de coligadas, quando autorizadas por lei, excluindo-se, porém, essas sociedades de segundo grau do regime excepcional das companhias de economia mista (arts. 236 e 237, § 1º).

Em razão de sua finalidade pública, as companhias de economia mista não estão sujeitas a falência, mas seus bens são penhoráveis e executáveis e a pessoa jurídica que a controle responde subsidiariamente pelas obrigações (art. 242).

6. Controle das empresas estatais

Matéria relevante e de notória atualidade é o controle das empresas públicas e sociedades de economia mista, que não se exaure nos instrumentos comuns de proteção aos acionistas e aos credores.

O extraordinário relevo assumido pela administração indireta (que representa modernamente a parte maior dos serviços públicos *lato sensu*) coloca na ordem do dia a eficiência do poder de mando da autoridade pública sobre os entes personalizados que gravitam em torno da administração direta.

Não se trata, apenas, do controle contábil, ainda que relevante. Nesse particular se associam aos órgãos internos da própria sociedade, os instrumentos de supervisão ministerial e os de fiscalização orçamentária e financeira, a cargo do Tribunal de Contas.

Maior destaque representa, porém, a integração das empresas públicas e sociedades de economia mista no planejamento global da administração e da economia públicas e o controle de resultados em função dos objetivos programáticos da política econômica e financeira do Estado.

A Constituição federal deixa, ainda, em aberto uma forma de controle político a ser exercido pelas Casas do Congresso Nacional, nos termos do art. 45, a ser determinado em lei.

O preceito, que tem como fonte a Emenda Constitucional nº 17, de 1965, que alterou a Constituição de 1946, não alcançou solução de compromisso que lhe permitisse a implantação. Treze projetos de lei, até agora apresentados, não lograram aprovação.

Em recente conferência, tivemos ensejo de aprofundar a análise, no plano do direito comparado, das várias formas de controle externo da administração direta e indireta e de acentuar a necessidade premente de aperfeiçoamento dos meios de controle externo das empresas estatais.

Concluimos, na oportunidade, sugerindo que se fortalecesse a competência fiscalizadora dos Tribunais de Contas, mediante a instituição de uma Corregedoria-Geral de Empresas Estatais (Cogem), com a atribuição específica de receber reclamações contra atos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, podendo, por delegação do tribunal, suspender, inclusive liminarmente, quando houver risco de dano grave ou irreparável, a execução de atos de natureza financeira, especialmente licitações e contratos administrativos, com recurso para o plenário do Tribunal de Contas.

Outras peculiaridades das empresas estatais — emanações de sua dominante finalidade pública — caberia aqui respigar, como as que se referem à obrigatoriedade dos princípios da licitação ou ao regime de seu pessoal. São, todavia, temas que, no calendário deste simpósio, estão destinados a mestres eminentes que se sucederão, em dias próximos, certamente com maior profundidade e domínio. Excusamo-nos, assim, de versá-los neste passeio sumário que nos impõe a especificidade do estudo que nos foi solicitado.

Para concluir, desejamos enfatizar a convivência que se estabelece, nas empresas estatais, entre a norma pública e a norma de direito privado. No conflito eventual que entre elas se possa oferecer como desafio ao intérprete, é fundamental ter presente que o direito privado é, no caso, *instrumental* ao passo que o direito público é *substancial* e *orgânico*. O primeiro serve de veículo a que se alcance o objetivo traçado pelo último, ou seja, a *finalidade* pública da ação administrativa do Estado, definida em lei e visando ao bem comum.