

1. Considerações gerais

1.1 Conceito de empresa pública

A doutrina brasileira, até há bem pouco tempo, conceituava a empresa pública com a preocupação única e exclusiva de lhe caracterizar o regime jurídico de direito privado que lhe é conatural e saliente.

Entretanto, ultimamente, já se começa a sublinhar a incidência de normas de direito administrativo sobre elas.

Caio Tácito refere-se às empresas públicas em sentido lato, “como pessoas jurídicas de direito privado, regidas a um tempo pelo direito comercial, e pelo direito administrativo, criadas nos moldes da lei comercial comum, sob a forma de sociedade por ações, iniciando-se sua existência com o arquivamento dos atos constitutivos no registro do comércio, dependendo sua instituição de prévia autorização legislativa, porque envolve aplicação de uma determinada incumbência do Estado”.¹

Cretella Jr. definiu-a da seguinte maneira: “Empresa pública é o instituto jurídico estatal de direito privado mediante o qual o poder público desempenha: a) quer atividades econômicas, industriais ou comerciais, competindo com o particular; b) quer atividades administrativas, descentralizando os serviços típicos, antes confiados a entidades públicas ou privadas, de outra índole (concessionárias, permissionárias ou entidades autárquicas).”²

Portanto, no conceito de empresa pública, há que se distinguir sua natureza jurídica pelo objeto social que lhe foi imposto pela lei. Afirmamos mesmo que há dois tipos de empresa pública, conforme atue no campo econômico ou no dos serviços públicos.³

Cotrim Neto sublinhou bem esse aspecto, na linha de Zanobini: “Para nós – aliás, esse é também o pensamento de Zanobini –, o fim, o escopo, da pessoa jurídica há de ser o elemento principal (embora não exclusivo) para a conceituação de sua natureza jurídica: se ela tem a fisionomia de entidade estatal, usa processos de direito público, e segue metas que finalisticamente são de seu interesse, do interesse que se lhe atribuiu no ato de sua criação, mas são igualmente interesse público de essência estatal, então, a empresa personalizada usufrui de prerrogativas e tem natureza de entidade pública.”⁴

*Conferência pronunciada em 1.11.88 na Infraero.

¹Caio Tácito. As empresas públicas no Brasil. *RDA*, 86 (433).

²Cretella Jr. *Administração indireta brasileira*, p. 287-8.

³Mukai, T. *Direito administrativo e empresas do Estado*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

⁴Cotrim Neto. Teoria da empresa pública de sentido estrito. *RDA*, 122 (36).

Dessa forma, não se pode perder de vista que, no Brasil, existem empresas públicas que prestam serviços públicos (embora ditas comerciais ou industriais) e outras que exploram atividades econômicas.

1.2 Distinção entre serviço público (*lato sensu*) e atividade econômica

O Estado não tem outra missão senão a de buscar a satisfação do interesse público. Isto ele o faz precisamente ao executar os serviços públicos, mas, mesmo quando explore atividade econômica, ele só pode fazê-lo escudado também num critério de interesse público.

Entretanto, a noção de interesse público pode ser entendida como expressão do valor público que em si mesma têm certas coisas, ou bem como expressão daquilo que interessa ao público.

No primeiro caso, trata-se de uma noção objetiva, que designa uma qualidade das coisas, cuja existência independe de que alguém a estime. No segundo, trata-se de uma noção subjetiva, expressão do que, de fato, interessa a uma pluralidade indeterminada de pessoas.⁵

Assim, podemos dizer que “serviço público industrial ou comercial é aquele que o Estado, ao elegê-lo como tal, exerce-o diretamente ou por interpostas pessoas, e que, por atender a necessidade essencial ou quase essencial da coletividade, apresenta um interesse público objetivo em sua gestão. E, atividade econômica do Estado é aquela que ele resolve assumir, dentro de sua política econômica, observados os princípios constitucionais da ordem econômica, por julgar que tal atividade consulta ao interesse público da mesma ordem (interesse público subjetivo)”.⁶

E, como conseqüência, podemos ter, no Brasil, empresas públicas que exercem serviços públicos comerciais ou industriais, e empresas públicas que exploram atividades econômicas.

Daí termos traçado os regimes jurídicos de umas e outras (diferentes), as primeiras com substrato jurídico administrativo saliente, e as segundas, com substrato jurídico de direito privado preponderante.⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello também mostrou essa distinção com inegável acerto: “O importante, contudo, conforme se assinalou ao examinarmos a distinção entre serviços públicos e serviços governamentais, é discernir entre sociedades de economia mista voltadas à satisfação de ‘interesses públicos’, ou seja, sociedades prestadoras de serviços públicos, e sociedades mistas que se dispõem à satisfação de ‘interesses coletivos’ — relevantes para a sociedade, mas que não chegam a ser qualificados como públicos. Estas últimas, por não serem prestadoras de serviços públicos, configuram intervenções do Estado no domínio econômico — área em princípio reservada à livre iniciativa, conforme orientação constitucional (art. 170 e §§).⁸

⁵Sains Moreno, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid, Civitas, 1976. p. 323.

⁶Mukai, T. *Direito administrativo e empresas do Estado*. op. cit. p. 183.

⁷Mukai, T. *Direito administrativo e empresas do Estado*. op. cit., p. 185 e segs.; p. 237 e segs.

⁸Bandeira de Mello, C.A. *Prestação de serviços públicos*. RT, p. 101.

2. A empresa pública e a nova Constituição brasileira

2.1 O texto constitucional anterior

Examinando-se a Constituição anterior verifica-se, em seu art. 170, que competia à empresa privada, preferencialmente, com o apoio e o estímulo do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas, sendo que, apenas em caráter suplementar da iniciativa privada, o Estado organizaria e exploraria diretamente a atividade econômica (§ 1.º).

Em seguida, o dispositivo constitucional rezava que, na exploração pelo Estado da atividade econômica, as empresas públicas e sociedades de economia mista reger-se-iam pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações (§ 2.º).

Ao comentarmos essa disposição dizíamos: “Desde logo, pode-se inferir que a exploração de atividade econômica pelas empresas públicas ou sociedades de economia mista, de que falam os dois últimos parágrafos mencionados, não abrange os serviços públicos ditos comerciais ou industriais, posto que a ‘atividade econômica’ ali referida não é outra senão aquela já descrita no *caput* do artigo como sendo de exploração preferencial da iniciativa privada.

Verifica-se, pois, que os denominados serviços públicos industriais ou comerciais não estão expressamente previstos na Constituição. Quanto a estes, assim como todo e qualquer serviço público, não sofrem a incidência, quanto à sua criação, da regra de complementariedade do § 1.º do art. 170 da Constituição federal.”⁹

2.2 O texto constitucional vigente

O art. 173 da atual Constituição dispõe: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1.º – A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 2.º – As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios não extensivos às do setor privado.”

O art. 175 dispõe que: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviço público.”

Verifica-se que as disposições da atual Constituição correspondentes àquelas da anterior são mais claras e precisas ainda, no que concerne à dicotomia das empresas públicas, de que vimos tratando.

Com efeito, percebe-se que, pela redação dada ao § 1.º do art. 173, a nova Constituição não exclui a possibilidade de a empresa pública prestar serviços públicos; isso fica claro quando a disposição diz “(. . .) que explorem atividade econômica (. . .)”, dando a

⁹Mukai, T. *Direito administrativo e empresas do Estado*. op. cit., p. 214.

entender que as empresas públicas (e as sociedades de economia mista) poderão não estar a explorar atividade econômica, mas sim, serviço público. Neste aspecto, o texto atual não refoge ao anterior.

Mas, onde fica clara a referida dicotomia é no art. 175, quando o legislador constituinte disse expressamente, que “incumbe ao Poder Público, *diretamente, ou sob regime de concessão* ou permissão, através de licitação, a *prestação* de serviço público”.

Aí estão as duas formas de descentralização de serviços públicos que, costumeiramente, a doutrina tem apontado: a outorga de serviços públicos a entidades criadas por lei, e que dá na administração indireta, constituída de autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações (aqui enquadradas na expressão constitucional “diretamente”), e a descentralização por particulares em colaboração (concessão e permissão).

Portanto, diante desses dispositivos fica evidente que à empresa pública prestadora de serviço público são inaplicáveis os §§ 1º e 2º do art. 173 da nova Constituição, exatamente porque do § 1º e do art. 175 pode-se extrair a interpretação insofismável de que aquela está submetida ao regime preponderante de direito administrativo.

3. Princípios e regras constitucionais a serem observados pela empresa pública

3.1 Princípios

O art. 37 da Constituição Federal diz que a administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade.

Quando a disposição abrange a administração indireta, evidentemente, está a abarcar a empresa pública; entretanto, observe-se, somente a empresa pública prestadora de serviço público, não assim aquela que explore atividade econômica, porque esta se subsume aos princípios da Ordem Econômica, capitulados no art. 170 da Constituição Federal.

O que se pode observar é que o art. 37, incisos e parágrafos ditam comandos superiores de direito público, somente aplicáveis, em princípio, às entidades estatais; entretanto, também se verifica que as entidades que têm como substrato de sua existência atividades típicas do Poder Público, ainda que estruturadas sob forma de direito privado (caso das fundações, p. ex.) estão submetidas àqueles comandos.

Dessa forma, ao intérprete caberá discernir tais sutilezas, ao examinar o texto mencionado. E, por consequência, fazer distinções necessárias quanto à aplicação dos princípios e dos incisos e parágrafos do art. 37, conforme o caso.

Assim, por exemplo, dos inc. I a XXI do art. 37 somente são aplicáveis às empresas públicas que exploram atividades econômicas os de nº XVI, XVII, XIX, XX e XXI. Dos parágrafos, nenhum deles se aplica àquelas empresas.

Por outro lado, e por força mesmo dessa consideração, todos os incisos e parágrafos, adaptadamente, em função da abrangência que o *caput* do artigo faz sobre a administração indireta, aplicam-se à empresa pública prestadora de serviço público. Citem-se, dentre eles, as disposições dos inc. II, III, IV, VI, VII, XVI, XVII, XIX, XX, XXI, os §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, notadamente.

3.2 Responsabilidade civil da empresa pública

Reza o § 6º da nova Constituição: “As pessoas jurídicas de direito público e *as de direito privado prestadoras de serviços públicos* responderão pelos danos *que seus agentes*, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Como que a confirmar tudo o quanto dissemos sobre a diferença de regimes jurídicos das empresas públicas, conforme atuem no campo econômico ou no dos serviços públicos, a disposição acima transcrita aproxima, mais uma vez, as últimas do regime administrativo, vez que faz incidir sobre elas a teoria do risco administrativo sobre a responsabilidade civil do Estado (responsabilidade sem culpa).

Portanto, somente as empresas públicas prestadoras de serviços públicos estão submetidas à disposição, que as obriga a se submeter à teoria objetiva do risco administrativo, quanto à sua responsabilidade por danos causados a terceiros; aquelas que exploram atividades econômicas continuam, por isso mesmo, submetidas à teoria da responsabilidade civil subjetiva, mais comum nas relações entre os particulares.

4. Licitações e contratações nas empresas públicas

4.1 Dispõe o art. 22, inc. XXVII, que compete à União legislar sobre: “Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e *indireta*, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de Governo, e empresas sob seu controle.”

Observe-se que aqui a norma abrange as empresas públicas prestadoras de serviços públicos (na expressão “indireta”) e aquelas que exploram atividades econômicas (na expressão “empresa sob seu controle”).

Contudo resta aqui uma dificuldade. As normas gerais sobre “contratos” encontram-se inseridas no Decreto-lei 2.300/86, e são, em sua maioria, regras próprias aos contratos administrativos. Ora, se as empresas públicas que explorem atividade econômica devem, segundo o disposto no § 1º do art. 173, se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, como pretender que seus contratos contenham cláusulas exorbitantes do direito comum, próprias dos contratos administrativos?

A resposta é uma só. As normas gerais sobre contratos constantes do Decreto-lei 2.300/86, aplicáveis às empresas públicas que explorem atividades econômicas, são somente aquelas que não transformam os contratos (de direito privado) dessas empresas em contratos administrativos, isto é, não se lhes podem incluir as denominadas “cláusulas exorbitantes”, em atenção ao disposto no § 1º do art. 173 da Constituição.

4.2 O inc. XXI do art. 37 da Constituição reza: “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Esta disposição também é aplicável às empresas públicas, sejam prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividade econômica, uma vez que é complemento natural do

inc. XXVII do art. 22, e porque os casos especificados na legislação, de dispensa e inexigibilidade de licitações, são normas gerais.

4.3 O § 2º do art. 171 diz: “Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.”

Como se vê, essa disposição não é auto-aplicável dependendo de lei que altere o § 2º do art. 3º do Decreto-lei 2.300/86, para substituir a expressão “bens e serviços produzidos no País” ali inserta pela expressão “bens e serviços produzidos por empresa brasileira de capital nacional”.

A norma somente é aplicável ao Poder Público como tal, não às empresas e fundações de direito privado.

4.4 O § 3º do art. 195 reza: “A pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios.”

A norma, além de não ser auto-aplicável (segundo o art. 59 das Disposições Transitórias, a lei mencionada somente deverá ser promulgada daqui a um ano), não se aplica às empresas públicas e fundações de direito privado.

5. Atuações da empresa pública sujeitas ao controle ou aprovações do Poder Legislativo

5.1 Dispõe o art. 52 da nova Constituição: “Compete ao Senado Federal dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal.”

A norma abrange as empresas públicas em geral, de nível federal.

5.2 O art. 71 da Constituição Federal determina que: “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.”

O art. 75 dispõe: “As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.”

Portanto, a disposição mencionada (art. 71, II) aplica-se às empresas públicas em geral, federais, estaduais e municipais.

5.3 O art. 165, § 5º da Constituição reza: “A lei orçamentária anual compreenderá: I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.

Portanto, as empresas públicas prestadoras de serviços públicos terão seus orçamentos anuais e os de investimentos aprovados por lei juntamente com o orçamento anual da administração federal, estadual ou municipal, conforme o caso; já as empresas públicas que explorem atividades econômicas terão apenas seus orçamentos de investimentos aprovados por lei.

6. *Questões de pessoal na empresa pública*

6.1 Obrigatoriedade de concurso público na admissão

Somente estão sujeitos ao disposto no art. 37, II, aquelas empresas públicas prestadoras de serviços públicos, eis que somente elas fazem parte da administração indireta de que fala o *caput*.

6.2 Direito de greve

O § 1º do art. 9º da Constituição dispõe que: “A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.”

O inc. VII do art. 37 reza que: “O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar.”

Naturalmente, a lei ordinária referida na primeira disposição deverá alcançar apenas aquelas empresas públicas prestadoras de serviços públicos; e a lei complementar mencionada na segunda disposição não deverá abarcar as empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista.

6.3 Participação de representantes dos empregados nas negociações coletivas

O art. 11 assegura que, nas empresas com mais de 200 empregados, será eleito um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

A norma se aplica a todas as empresas estatais, de qualquer nível governamental, desde que conte em seus quadros com mais de 200 empregados.

6.4 Previsão de dotação orçamentária para as projeções de despesas com admissão de pessoal

Dispõe o art. 169 da Constituição Federal: “A despesa com pessoal, ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

Parágrafo único. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas: I – se houver dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.”

A norma, como se verifica é de observância obrigatória pelas empresas públicas prestadoras de serviços públicos, eis que integrantes da administração indireta de que fala o parágrafo único do art. 169 e porque, como vimos, somente elas terão seus orçamentos (globais) aprovados por lei, podendo aqui se falar em dotações orçamentárias; entretanto, o inc. II não se aplica a todas as empresas públicas, já que a norma constitucional não faz nenhuma distinção.

6.5 Controle de legalidade das admissões de pessoal pelos Tribunais de Contas

Dispõe o art. 71, inc. III, da Constituição Federal, que compete aos Tribunais de Contas “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e *indireta*, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório”.

Verifica-se, como vimos afirmando, que os Tribunais de Contas deverão examinar se houve concurso público nas admissões das empresas públicas prestadoras de serviços públicos, já que pertencentes à administração indireta, referida na disposição constitucional; já quanto às empresas públicas que explorem atividades econômicas o mesmo não ocorrerá, pois não fazem parte da administração indireta, e, como dissemos ao interpretar o art. 37, não estão sujeitas ao seu inc. II, que obriga o concurso público na admissão de pessoal.

7. *Sujeição da empresa pública ao controle judicial*

7.1 Mandado de segurança

O art. 5º, LXIX, dispõe que caberá mandado de segurança quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Portanto, somente caberá mandado de segurança contra atos ilegais que ofendam direito líquido e certo praticados por dirigentes de empresas públicas prestadoras de serviços públicos, não assim de empresas públicas que explorem atividades econômicas.

Aliás, a norma encampa o que já vem expresso no § 1º do art. 1º da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (Lei do mandado de segurança): “Consideram-se autoridades para os efeitos desta lei os representantes ou órgãos dos partidos políticos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entender com essas funções.”

7.2 Ação Popular

O art. 5º, LXXIII, reza que caberá ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe.

Assim, a ação popular poderá ser intentada contra atos lesivos ao patrimônio de qualquer empresa pública, seja prestadora de serviço público ou de atividade econômica.