

Formas Jurídicas da Empresa Pública*.

Oscar Barreto Filho

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

1. Nota-se, atualmente, em nosso país, a tendência para estruturar as entidades do setor público da economia em moldes empresariais, a fim de conferir-lhes melhores condições de flexibilidade, eficiência e produtividade.

Visando a esse objetivo, adota a Administração para essas entidades o *regime jurídico privado*, buscando enquadrar no esquema institucional e operacional das sociedades comerciais a estrutura e o funcionamento dos novos entes — as *empresas públicas*.

Indo além do campo específico de atuação da empresa, que é a exploração da atividade econômica típica (financeira, mercantil ou industrial), preconiza-se a adoção da empresa pública também para o desempenho de serviços públicos, de natureza administrativa.

2. À primeira vista, considerando-se os termos lógicos em que se decompõe a expressão *empresa pública*, somos levados a conceituá-la como a pessoa jurídica de direito público interno, criada por lei para o exercício da atividade econômica organizada sob a forma de empresa.

Ledo engano, pois empresa pública, no sentido que lhe atribui a prática administrativa, é pessoa jurídica de direito privado, criada com a finalidade de executar serviço público ou de utilidade pública, de natureza econômica ou não.

A extensão atribuída ao conceito de empresa pública, em flagrante contradição com os termos que o compõem, gera inevitável imprecisão e suscita uma série de dúvidas e indaga-

*. Conferência proferida no Curso de Extensão Universitária sobre *Empresa Pública*, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 16 de outubro de 1976.

ções, que seriam facilmente eliminadas se houvesse mais rigor lógico na conceituação do instituto.

É o que intentaremos demonstrar, ao longo deste trabalho.

3. O aspecto jurídico da matéria diz respeito, precipuamente, à tipologia da empresa pública, ou seja, à forma de organização de que se pode revestir, e ao seu regime jurídico, diante da lei brasileira.

Evidencia-se, em nossos dias, a insuficiência das formas jurídicas do direito público, para enquadrar a multifária atividade do Estado, nos campos econômico, social e cultural. Recomenda-se, *a una voce*, a adoção das formas e métodos de direito privado para a estruturação das entidades paraestatais. Recorre-se, para tanto, às novas categorias: empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, associação (como é o caso das Bolsas de Valores, nos termos da Resolução n.º 39 do Banco Central).

A empresa pública, em síntese, se conceitua como uma organização da atividade (em princípio, econômica) do Estado, mediante a gestão de capitais públicos sob forma e regime de direito privado. Partindo dessa conceituação, analisemos o assunto em face do direito positivo.

4. A Constituição vigente, de 17 de outubro de 1969, inscreve no art. 170, § 1.º, o princípio basilar da política intervencionista, ao estabelecer que, apenas em caráter supletivo da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica. Como corolário, estatui no art. 170, § 2.º:

“Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações”.

Infere-se, do texto constitucional, a preocupação de equiparar o Estado, no exercício da atividade empresarial, às condições que regem tal exercício no sistema da livre iniciativa, ou seja, em termos de competição econômica.

Nessa ordem de idéias, estabelece o art. 170, § 3.º:

“A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas”.

5. Estabelecendo novos quadros e mecanismos para a organização e funcionamento da administração federal, o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 (lei da reforma administrativa), previu no art. 4.º, como órgãos da administração indireta, as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) autarquias;
- b) empresas públicas;
- c) sociedades de economia mista.

Posteriormente, o Decreto-lei n.º 900 de 29 de setembro de 1969, revogou o § 2.º, do art. 4.º, que equiparava às empresas públicas as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participasse a União, quaisquer que fossem suas finalidades.

O art. 5.º do Decreto-lei n.º 200, ora modificado pelo Decreto-lei n.º 900, traça as notas conceituais das três categorias de entidades da administração indireta, definindo-as do seguinte modo:

I — *autarquia* — o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada;

II — *empresa pública* — 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 Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito;

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

6. Da análise do texto legal, vê-se desde logo que as entidades da administração indireta podem “prima facie” ser classificadas em dois grupos:

- a) as autarquias, que se destinam a “executar atividades típicas da administração pública”, e que por isso

são categorizadas como pessoas jurídicas de direito público;

- b) as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que visam à “exploração de atividade econômica”, e que revestem a forma de pessoas jurídicas de direito privado.

As diferenças específicas entre as duas últimas categorias dizem respeito, tão somente, à *formação do capital* e à *forma jurídica* adotada. Enquanto a empresa pública tem “capital exclusivo da União” e pode assumir “qualquer das formas admitidas em direito”, a sociedade de economia mista tem a maioria do capital votante pertencente “à União ou à entidade da administração indireta”, e, portanto, só pode revestir “a forma de sociedade anônima”.

7 Não existe, em nosso país, um estatuto genérico das entidades da administração indireta. Sem a lei geral, as soluções dadas aos casos ocorrentes têm sido inspiradas por motivações essencialmente pragmáticas.

Como já foi assinalado por vários juristas nacionais (entre outros, BILAC PINTO, PAULINO JACQUES, CAIO TÁCITO e CRETELLA JÚNIOR), a configuração jurídica das entidades da administração indireta, feita pelo Decreto-lei n.º 200 e reformulada pelo Decreto-lei 900, está longe da precisão e da logicidade que devem presidir às construções legislativas.

As contradições e impropriedades decorrentes do texto legal necessitam ser escoimadas, para o exato entendimento e fiel aplicação da lei. O Direito é uma ciência lógica e sistemática, eminentemente conceitual. Se as distinções conceituais, que correspondem a realidades concretas, não são devidamente valoradas, incide-se em erro.

8. Ora, a *palavra empresa*, no plano jurídico, pode ser tomada em vários sentidos ou perfis distintos, como demonstrou ALBERTO ASQUINI, em trabalho clássico: 1.º em sentido *subjetivo*, como expressão sinônima de empresário ou agente da atividade; 2.º em sentido *funcional*, como atividade econômica organizada; 3.º em sentido *objetivo*, significando a *azienda*, ou seja, o complexo de elementos patrimoniais destinados ao exercício da atividade empresarial; 4.º em sentido *corporativo*, como instituição decorrente de uma organização de pessoas, formada pelo empresário e seus colaboradores.

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.

9. Indispensável se torna a elaboração de estatuto federal orgânico para as entidades da administração indireta, principalmente para aquelas que são dotadas de personalidade jurídica de direito privado (empresas públicas ou de economia mista). Nesse estatuto, seriam previstas as formas jurídicas e o regime dessas entidades, sem conflitos ou distorções dos conceitos básicos de nossa sistemática legal.

Parece equívoco, com efeito, falar de pessoas *privadas* criadas pelo Estado para realizar serviços *públicos*, com patrimônio total ou parcialmente *público*, sem cuidar-se, concomitantemente, de instituir um sistema orgânico de vigilância e controle da legalidade e da legitimidade de sua gestão. Parece óbvio que, seja qual for a modalidade escolhida de descentralização administrativa ou financeira, não pode deixar de ser exercida a tutela do Estado em relação a entidades cujo patrimônio é constituído, total ou parcialmente, de dinheiros públicos.

10. De acordo com a discriminação de competências constante da Constituição Federal, cabe à União legislar, em *caráter exclusivo*, sobre direito civil e comercial (artigo 8.º, XVII, alínea “b”). A competência para elaborar o direito privado escrito pertence, privativamente, ao Congresso Nacional.

Segue-se que, quando o Decreto-lei n.º 200 declara que a empresa pública pode “revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”, está implicitamente remetendo o intérprete ao texto da lei federal pertinente, que é o Código Civil, na parte em que trata das pessoas jurídicas.

Diz o artigo 16 do Código Civil que são pessoas jurídicas de direito privado:

1.º as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações;

2.º as sociedades mercantis, as quais serão regidas pelo estatuído nas leis comerciais (§ 2.º do citado artigo 16).

Excluídas as associações civis, por incompatibilidade do objeto, restam para as empresas públicas as formas de socie-

dades mercantis, sendo certo que as sociedades de economia mista só podem ser constituídas sob a forma de sociedade anônima.

11. Infere-se, do que foi explanado acima, que, não constituindo a empresa pública uma forma jurídica prevista no Código Civil ou nas leis comerciais, nem sendo um tipo de entidade sujeita à normatividade própria regulada por lei federal, sua criação como ente típico e diferenciado, peculiar a cada hipótese concreta, é circunscrita ao poder público federal. Sua criação, pelos Estados-membros e Municípios deve ser moldada nas categorias preexistentes do direito privado.

Ora, o direito privado só admite a personalidade jurídica de empresa que se revistam de forma societária. O nosso direito privado não admite a figura do empresário individual de responsabilidade limitada. Se um dos principais motivos determinantes da criação da empresa pública é, exatamente, o de conferir-lhe autonomia patrimonial e financeira, a assunção, pelo Estado, da responsabilidade subsidiária pelas suas operações deve ser determinada de modo preciso e concreto. E isto somente será possível, na falta de lei federal orgânica, mediante a aplicação da legislação pertinente às sociedades comerciais.

Em caso contrário, a criação, pelo Estado-membro, de uma entidade “*sui generis*”, não tipificada pelo direito substantivo federal, constituiria uma logomaquia, nada mais significando do que uma simples “*departamentalização*” de serviços integrados na Administração pública, porém sem personalidade própria.

12. O que se visa, na verdade, com a criação da “*empresa pública*”, é instituir um instrumento de atuação do Estado no campo econômico. O problema básico é o da *organização* e dos *métodos de trabalho* adotados; este é o “*substractum*” da empresa pública.

A personificação da “*empresa pública*” é apenas *meio* para possibilitar a realização do seu objeto material. Mas esta circunstância não exclui, ao contrário, aconselha que a escolha da forma jurídica se apoie no direito existente, tendo em vista as sérias e graves implicações decorrentes da extensão da responsabilidade assumida pelo Estado e pelos administradores da empresa, no exercício de sua gestão.

No estágio atual de nosso direito, a personalidade jurídico-privada somente pode ser atribuída a empresas econômicas

que se revistam da forma de sociedades civis (de fins econômicos) ou mercantis. Será este o único modo de submeter tanto a *organização* como a *atividade* da empresa ao direito privado.

13. Em nosso sistema jurídico, a criação de sociedade pública constituída de um só membro (sociedade unipessoal, ou mesmo a criação de sociedade de economia mista no sentido próprio, somente pode decorrer de lei federal. E isto porque, competindo unicamente à União legislar sobre direito privado (civil e comercial), somente ela tem a faculdade, em cada caso, mediante lei ordinária, de derogar os preceitos da legislação civil ou comercial.

Os Estados-membros e os Municípios devem, necessariamente, escolher uma das formas admitidas em direito, para a constituição de empresas públicas; vale dizer, devem moldá-las às prescrições do direito privado, mais precisamente, às disposições da lei comercial.

Também as sociedades de economia mista, estaduais ou municipais, não existem como categoria jurídica diferenciada, pois se revestem da organização própria da sociedade anônima privada, em tudo nela se comportando o poder público como o sócio detentor do controle acionário. A organização e o funcionamento da sociedade se regem pelos estatutos, e a dinâmica social se desenvolve sempre dentro dos limites impostos pela legislação federal sobre sociedades por ações.

Não poderia jamais o Estado, sem invadir a esfera da competência legislativa da União, criar empresa pública atípica, fora dos modelos do direito comercial. Nem poderia tal empresa começar sua existência legal sem a prévia inscrição dos atos constitutivos no registro peculiar (Código Civil, art. 18); e para tanto constitui pressuposto sua conformidade com a legislação comercial.

14. Em valioso estudo dedicado ao tema, refere-se PEREZ MORENO à circunstância de que, na sociedade mercantil integrada pela Administração, geralmente a forma societária adotada é a sociedade anônima (*La forma jurídica de las empresas públicas*. Sevilha, 1969, p. 124). Em outro estudo, BROSETA PONT conclui, com fundada argumentação, contra a utilização da sociedade anônima para a atividade mercantil e industrial da Administração (*Las empresas públicas en forma de sociedad anonima*, Revista de Derecho Mercantil, n.º 100).

Todos os autores estrangeiros e nacionais afirmam, unanimemente, a necessidade da elaboração de um estatuto geral das empresas públicas, no qual seriam atendidas as peculiaridades do regime jurídico dessas empresas, no tocante à constituição, financiamento, contabilidade, controle, finalidade, órgãos de gestão, assembléias gerais, etc. Esta necessidade prende-se à circunstância notória de que as normas que regem as sociedades mercantis são de manifesta insuficiência para atender a todos esses pontos.

15. Exatamente porque constitui a forma mais evoluída e elaborada de organização empresarial, é a *sociedade anônima* o modelo mais conveniente para a estruturação das empresas públicas.

A lei brasileira do anonimato (ao contrário de outros países, como a Espanha), não abre exceção para o requisito do número mínimo de acionistas, mesmo em relação às sociedades constituídas pelos organismos estatais.

A essa sociedade anônima, formada exclusivamente com capitais públicos, caberia melhor chamar de *sociedade administrativa*, ou *pública*, para contrapô-la à sociedade de economia mista. Na sociedade ou empresa pública, a estruturação segundo o modelo da sociedade anônima é meramente instrumental, pois a prossecução da sua finalidade está sempre subordinada ao interesse público.

Como já se acentuou, a utilização da sistemática do direito privado tem por escopo, basicamente, a adoção de *organização e métodos* mais eficientes de gestão, sob a égide da *certeza e segurança* das relações jurídicas, peculiares às normas do direito empresarial.

16. Em nosso entender, portanto, são livres os Estados-membros e Municípios para criar, organizar e operar suas empresas públicas e sociedades de economia mista. No entanto, para nivelá-las às organizações particulares, sujeitando-as ao *regime jurídico privado* nas suas operações, direitos e obrigações, mister se faz instituí-las segundo as *formas de direito privado* previstas pelo direito substantivo federal. O fato de tratar-se de *ato administrativo* não desvincula os poderes locais da obediência às normas e princípios inscritos na Constituição e nos códigos de direito privado.

A forma das pessoas jurídicas é matéria da competência privativa da União. Não teria sentido atribuir ao Município de Vila dos Confins, neste vasto Brasil, os poderes para criar

entes públicos, segundo modelos próprios, inspirados pela sua criatividade que poderia eventualmente consagrar verdadeiras aberrações.

17. Não partilhamos, destarte, das opiniões de HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 3ª ed., p. 325) e JOSÉ NABANTINO RAMOS (*Revista de Direito Administrativo*, v. 107, p. 14), quando concluem “que qualquer das entidades políticas pode criar empresa pública; que a empresa pública pode ter forma societária convencional ou especial; que tanto é apta para realizar atividade econômica, como qualquer outra da competência da entidade estatal instituidora”.

Ninguém pretende confinar as empresas públicas aos tipos societários existentes; apenas, na falta de lei geral, não se vê como possam os Estados-membros e Municípios estruturar formas especiais de pessoas jurídicas. O perigoso raciocínio levaria a afirmar também a competência dos poderes locais para criar novas modalidades de títulos de crédito e de contratos, que também são instrumentos da ação administrativa.

18. Em relação ao direito constituendo, *quid inde?*

O Projeto de Código Civil — Projeto de lei n.º 634, de 1975, do Poder Executivo — ora em tramitação na Câmara dos Deputados, inclui no elenco das pessoas jurídicas de direito público interno, no art. 40, inciso v, “as demais entidades de caráter público criadas por lei”. Aduz no parágrafo único:

“Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código”.

Lembre-se, a propósito, que o Livro II do Projeto de Código Civil regula a atividade negocial (que melhor fora chamar-se de atividade empresarial), cuidando principalmente da estrutura e funcionamento das *sociedades empresariais*, expressão genérica abrangente das sociedades que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro.

19. Como sabido, a forma mais importante de organização empresarial é a *sociedade por ações*, que é a veste jurídica da grande empresa. Ora, como deixa claro o art. 2.º da lei vigente do anonimato (que neste particular é reprodu-

zido pelo Projeto n.º 2.559/76, da Câmara dos Deputados) “pode ser objeto da companhia *qualquer empresa de fim lucrativo*, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes”¹.

Vê-se, do exposto, que, embora possa a sociedade em geral ter ou não objetivo econômico, é imanente ao conceito de empresa o exercício de atividade econômica.

No seu conceito mais simples, empresa é o organismo econômico destinado a produzir bens ou serviços (LORENZO MOSSA, JOAQUIM GARRIGUES, TRAJANO M. VALVERDE).

Sem a exploração de atividade econômica, não se pode falar em *empresa*, *empresário* (singular) ou *sociedade empresária*. Pode haver outra forma de organização, de base *fundacional* (fundação) ou *corporativa* (associação), porém, evidentemente, não se trata de *empresa individual* ou *coletiva*.

20. Discordamos, por isso, da colocação doutrinária, segundo a qual pode ser objeto da empresa pública qualquer outra atividade administrativa, não econômica, desde que tenha por finalidade a execução de serviço público ou de utilidade pública.

Se a empresa pública é apenas um instrumento de gestão de capitais públicos, sob forma e regime de direito privado, para que utilizá-la para a consecução de fins não econômicos?

Parece que haveria, no caso, verdadeira inadequação de meios aos fins visados.

Nessa linha de idéias, ter-se-ia que admitir a forma empresarial inclusive para o exercício de atividades religiosas, educacionais, culturais ou de assistência, o que não parece correto. A menos que se admita a incoercível tendência para a “mercantilização”, abrangendo todos os aspectos da vida humana, além do econômico, a traduzir a vocação materialista de nossos dias.

21. O projeto de Lei das Sociedades Anônimas, em trânsito final no Senado, dedica um capítulo às sociedades de economia mista (artigos 236 a 243), sujeitando-as ao seu regramento, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal².

1. De idêntico teor é o art. 2.º da nova lei de sociedades anônimas (Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

2. V. artigos 235 a 242 da Lei n.º 6.404/76.

Salientando a inexistência de uma lei nacional conceituando a “sociedade de economia mista” e a “empresa pública”, e as distorções decorrentes desse quadro de verdadeira omissão legislativa, assevera JAYME ALIPIO DE BARROS que “não teriam sentido as normas excepcionais do projeto de lei das sociedades anônimas relativas àquelas entidades. Melhor seria talvez retirar do seu texto todo o capítulo respectivo, preparando-se outro projeto de lei específico sobre as sociedades de economia mista, inclusive aquelas com capitais de estados ou municípios, e sobre as empresas públicas, estabelecendo-se as condições para a criação e registro, a partir de autorização legislativa estadual e municipal, destas últimas entidades”. E conclui dizendo que “os dispositivos agrupados no Capítulo XIX do projeto de lei das sociedades anônimas não contribuem, é certo, para a solução dos problemas jurídicos pertinentes às empresas públicas da União, dos Estados e dos Municípios” (artigo no “Estado de São Paulo” de 25-08-1976).

Esta é também a nossa opinião.

22. Não existe, no plano jurídico, um conceito unitário de empresa. Do ponto de vista econômico, pode-se definir a empresa como uma organização para a produção de bens e serviços.

A empresa, enquanto tal, é destituída de personalidade jurídica, embora constitua o suporte fático da pessoa jurídica.

Como bem observa o Professor JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “não existe a *categoria empresa*, como existem as categorias “pessoa”, “fundação”, “corporação”, “contrato”, “ato”, bifurcadas depois em pública e privada, com regimes jurídicos diversos, um do direito público, outro do direito privado”. (*Empresa Pública*, 1973, p. 27/28).

23. Na sua monografia, sem dúvida o mais denso e acurado estudo da matéria em nossa língua, o Professor CRETELLA JÚNIOR fornece valiosos subsídios para a diferenciação entre a *empresa pública* e a *empresa privada*.

Na verdade, ambas as modalidades de empresas têm personalidade de direito privado, ambas têm regime de direito privado, ambas são reguladas pelo direito comercial.

Colocamo-nos, contudo, em posição diversa do Professor CRETELLA JÚNIOR, quando apontamos, tanto para a *empresa privada* como para a *empresa pública*, objetivos de natureza econômica. A nosso ver, empresa é sempre organização de

atividade econômica, de sorte que não pode compreender o desempenho de serviços públicos de outra natureza.

No âmbito da administração indireta, caberia melhor a outros tipos de organização jurídica — a *fundação* ou a *corporação* — o desempenho de serviços públicos de natureza não-econômica (educacionais, culturais ou de assistência), sob regime de direito privado.

Enfim, as *diferenças específicas* entre empresa pública e empresa privada residiriam, essencialmente, na *qualidade* dos titulares (Estado-empresário, ou particulares), na *origem* dos recursos (públicos ou privados) e na *finalidade* perseguida (interesse público ou interesse privado).

24. Não obstante a nossa preocupação imediata com o *aspecto formal* da empresa pública, não podemos descurar do *aspecto constitucional* do problema, que diz respeito ao conteúdo ou objeto da empresa pública.

Como bem observa o Professor CRETELLA JÚNIOR, “o *aspecto formal* é condição necessária, não suficiente, para a criação de empresa pública estadual ou municipal. O *exame do conteúdo* é, pois, indispensável para a admissão da possibilidade jurídica da criação da empresa pública estadual ou municipal”.

Nessa linha de pensamento, adverte o ilustre administrativista: “É preciso examinar-se cuidadosamente o *conteúdo*, a *matéria*, a *substância*, o *objeto*, a *natureza* da atividade desenvolvida, porque, se esta for de *índole econômica*, é vedada aos Estados-membros e aos Municípios a criação de empresa pública com tal conteúdo, porque estaria havendo *intervenção indébita* no domínio econômico, por parte dos Estados e dos Municípios”. (*Empresa Pública*, p. 253/254).

25. Para terminar, resta-nos apresentar algumas conclusões que se podem inferir das colocações prévias, no tocante aos *aspectos formais* da empresa pública:

1.º) — É lícito a qualquer das entidades políticas, inclusive os Estados-membros e os Municípios, criar empresas públicas.

2.º) — Na ausência de estatuto orgânico da empresa pública, somente à União (que possui competência originária para legislar sobre matéria civil e comercial), é facultado criar empresas públicas unipessoais, sob forma especial.

3.º) — No sistema jurídico brasileiro, os Estados-membros e os Municípios devem organizar suas empresas

públicas de acordo com os clássicos modelos de sociedades mercantis, reguladas pelo direito substantivo federal.

4.º) — A empresa pública deve, em princípio, ter por objeto a exploração de atividade econômica, no sentido lato (inclusive os serviços industriais e comerciais do Estado), reservando-se os serviços públicos de natureza social, educacional, cultural ou assistencial às fundações públicas.