EMPRESA PÚBLICA — INDICAÇÃO DE DIRETORES — APROVAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL — DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

— A lei municipal não pode transgredir a lei federal sobre sociedades por ações.

— É inconstitucional a Lei nº 8 550, de 1977, da Câmara Municipal de São Paulo.

PARECER

I

EXPOSIÇÃO E CONSULTA

1. A Prefeitura do Município de São Paulo nos consulta sobre a constitucionalidade da Lei n.º 8 550, de 31 de março de 1977, promulgada pela Câmara Municipal, após a rejeição do veto que lhe opusera o Executivo Municipal, e que é do seguinte teor:

"Art. 1.º — Os Diretores de Empresas Públicas e das Socidades de Economia Mista, das quais o Município de São Paulo seja acionista majoritário, serão indicados pelo Prefeito Municipal e só poderão ser empossados em seus respectivos cargos após aprovação de seus nomes pela Câmara Municipal.

Art. 2.º — A indicação, que recairá dentre pessoas de reconhecida capacidade técnico-administrativa e idoneidade moral, deverá ser acompanhada dos respectivos currículos.

Art. 3.º — A presente lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

2. A verificação da constitucionalidade de um ato legislativo se prende especificamente ao exame da subordinação do ato Constituição; o conflito que porventura se constate importará a prevalência da última, tornando inexeqüível — no todo ou em parte — o ato do legislador. Essa apreciação da subordinação necessária pressupõe, portanto, uma análise da substância do ato legislativo em cotejo com o conteúdo da norma constitucional, considerado esta como norma suprema (Brandão Cavalcanti, Themistocles. *Do controle da constitucionalidade*. Rio, Forense, 1966. p. 14 e segs.)

3. Ora, submetida a esse processo hermenêutico, a lei municipal em apreço inegavelmente revela conflitar com a Lei Maior, de onde perfeitamente legítima a argüição de inconstitucionalidade do referido ato legislativo, por representação feita pela Procuradoria-Geral do Estado ao Exm.º Sr. Desembargador Presidente do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos termos do art. 51, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo. É o que procuraremos esclarecer, nas páginas que se seguem.

II

O ESTATUTO LEGAL DAS EMPRESAS PÚBLICAS E DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

4. A crescente atuação do Estado no domínio econômico realçou o problema dos serviços industriais e comerciais do Estado e de sua estrutura jurídica. Estendendo a atividade administrativa ao campo tradicionalmente reservado à iniciativa privada de produção de bens e serviços, em benefício de interesses públicos relevantes, nasceram, por essa forma, novas pessoas jurídicas administrativas, inspiradas em paradigmas de direito privado. O direito administrativo adotou do direito comercial o modelo orgânico das sociedades comerciais, instituindo, assim, instrumentos flexíveis de ação administrativa no campo da economia. É o caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

5. Constitui princípio constitucional que, às empresas privadas, compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. Em caráter suplementar, porém, o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica, seja por meio de órgão de sua estrutura orgânica, de autarquias e de órgãos autônomos, seja por meio de empresas públicas e de sociedades de economia mista. Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, por intermédio das empresas públicas e das sociedades de economia mista, estas "*reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privada,* inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações", como preceitua o art. 170, § 2.º, da Constituição Federal. Aliás, nesse mesmo sentido dispõe a Carta do Estado de São Paulo (Emenda n.º 2, de 1969) no seu art. 124, *verbis*: "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 ao trabalho."

6. No atual direito brasileiro, portanto, não há mais discutir sobre o caráter privado ou público das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Por expressa disposição constitucional, essas entidades são conceituadas como *pessoas de direito privado*. Ora, procurando tirar conclusões desse princípio constitucional, o legislador federal, ao estabelecer novos quadros e mecanismos para a organização e funcionamento da administração federal pela chamada Lei de Reforma Administrativa (Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969), declarou expressamente que a empresa pública e a sociedade de economia mista constituem *entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado,* criadas por lei, para a exploração de atividade econômica. As diferenças específicas entre essas duas categorias dizem respeito tão-somente à *formação do capital* e à *forma jurídica* adotada, posto que, 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, ademais, só pode revestir "a forma de sociedade anônima".

7. Evidentemente, o Decreto-lei n.º 200/67, alterado pelo Decreto-lei n.º 900/69, dispõe apenas sobre a organização da Administração Federal. Aos estados e municípios, como autonomias administrativas, cabe organizar-se, respeitados os princípios estabelecidos na Constituição Federal (arts. 13, § 1.º, e 15, II, b). Entretanto, ao fazê-lo, não devem olvidar as diretrizes adotadas na reforma administrativa federal, inclusive em relação às entidades da administração indireta (Ramos, Nabantino.

Empresas públicas, *RDA*, 107/14; Lopes Meirelles, Hely. *Dir. Adm. Brasileiro*, 4. ed. 1976. p. 329). Nesse sentido, obedecendo aos parâmetros da citada lei de reforma administrativa federal, o Estado de São Paulo editou o Decreto-lei Complementar n.º 7, de 6 de setembro de 1969, que dispõe sobre o regime jurídico das entidades descentralizadas, incluindo expressamente, além das sociedades de economia mista, as empresas públicas.

8. Ora, em nosso sistema jurídico, a criação de empresa pública, sob a forma de sociedade, civil ou comercial, constituída de um único membro, apenas poderia decorrer de lei federal, posto que, por importar derrogação do direito privado comum, de acordo com a discriminação de competências constantes da Carta Magna, somente a União poderia fazê-lo (art. 8.º, XVII, alínea *b*). A rigor, pois, não pode existir, como categoria jurídica *diferençada*, empresa pública a nível estadual e municipal, visto que não há possibilidade de o estado-membro ou o município (ao contrário do que sucede com a União) constituírem sociedade unipessoal, que importaria a derrogação do direito comum. Como única solução possível, como sublinha Oscar Barreto Filho, resta-lhes moldar a empresa pública às categorias já existentes do direito privado, integrando-a apenas com o estado ou a municipalidade e entidades da administração indireta, com aporte de capital exclusivamente público (A forma jurídica das empresas públicas do estado e do município. *Rev. da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 2, pág. 193 e segs., 1972). Já as sociedades de economia mista, desde que plasmadas em conformidade com o estatuto federal orgânico (Lei n.º 6 404, de 15 de dezembro de 1977, arts. 235/242), sem *qualquer* derrogação da legislação comercial ou civil, são perfeitamente admissíveis nos âmbitos estadual e municipal.

9. A determinação do caráter privado dessas entidades, em assento constitucional próprio, fixa, portanto, a competência privativa da União em matéria de empresas públicas e de economia mista. A nível estadual e municipal, essas entidades podem existir, mas devem ater-se aos limites impostos pelo direito comum. Nessa ordem de idéias, a organização e o funcionamento das sociedades públicas e mistas, na esfera estadual e municipal, não podem deixar de afeiçoar-se, rigidamente, às linhas estruturais fixadas pela lei civil e comercial. Toda e qualquer tentativa do legislador estadual ou municipal, no sentido de romper os limites impostos pelo direito comum, importará invasão de competência e quebra da hierarquia normativa, consubstanciando, por conseguinte, diploma contagiado por inconstitucionalidade.

III

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL N.º 8 550/77, EM FACE DA HIERARQUIA DAS LEIS

10. O art. 1.º da lei municipal marginada dispõe que os diretores de empresas públicas e de sociedades de economia mista serão indicados pelo prefeito municipal, mas só poderão ser empossados em seus respectivos cargos após aprovação de seus nomes pela Câmara Municipal.

11. Como enfatizamos, por expressa conceituação da Carta Magna (art. 170, § 2.º), as empresas públicas e mistas, a nível federal, estadual ou municipal, são concebidas como pessoas jurídicas de direito privado. Ora, são, pelo direito privado, reputadas pessoas jurídicas: a) as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações; b) as sociedades mercantis, as quais serão regidas pelo estatuído nas leis comerciais

(Código Civil, art. 16 e §§). Se excluirmos as sociedades e associações civis, por incompatibilidade de objeto, restam, para as empresas públicas, todas as formas de sociedades mercantis, sendo certo que as sociedades de economia mista só podem ser constituídas sob a forma de sociedade anônima, em quaisquer dos níveis da Federação, por expressa disposição de lei federal — a lei das sociedades por ações, cap. XIX. Nessa ordem de idéias, reputadas como entes de direito privado comum, a *organização* e o *funcionamento* dessas empresas públicas e mistas regem-se, necessariamente, pela legislação federal sobre as sociedades comerciais e sociedades por ações. Sob pena de invadir a esfera de competência exclusiva da União, não pode jamais o estado-membro ou o município criar empresas públicas ou mistas atípicas, estranhas aos modelos do direito comercial (Barreto Filho, Oscar. op. cit. p. 203).

12. Ora bem, em todas as sociedades mercantis, tanto nas sociedades de pessoas e nas sociedades limitadas, quanto nas sociedades por ações, a nomeação e a destituição dos administradores é de livre deliberação da maioria dos sócios ou acionistas, a qual manifesta a vontade social. Ao estabelecer que os diretores de empresas públicas e mistas *serão indicados exclusivamente pelo prefeito municipal e somente empossados após a aprovação de seus nomes pela Câmara*, a lei municipal em exame subverte a organização e o funcionamento das sociedades comerciais, consagrados pelo direito comum, posto que insere elementos estranhos na estrutura administrativa dessas sociedades.

13. Ademais, ao falar em "diretores", a lei municipal em exame está obviamente se referindo às empresas públicas e mistas constituídas sob a forma de sociedades por ações, já que "diretor" é expressão técnica de uso específico dessa forma social. A nova lei de sociedades anônimas, quanto à organização da admnistração, não fixa modelo único. Dispõe o art. 138 que a administração da companhia competirá, conforme estabelecer o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. Esse preceito deixa à opção dos acionistas adotarem uma ou outra forma de composição da administração: ou somente adotam a diretoria, em que cada diretor tem funções e responsabilidades definidas; ou adotam a administração dividida em conselho e diretoria. Advirta-se, ademais, que, embora sendo, em geral, optativa a adoção de uma ou outra forma de composição da administração (como ocorre com as empresas públicas), certas sociedades, como as de economia mista, por expressa disposição da lei (art. 239), deverão obrigatoriamente, instituir a administração com os dois órgãos, conselho e diretoria. Na hipótese de administração singular, os diretores serão eleitos em assembléia geral. Na administração com dois órgãos, os membros do conselho serão eleitos pela assembléia geral, sendo à minoria assegurado o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo (arts. 140, 141 e 239 da Lei n.º 6 404/76). A diretoria, por sua vez, será eleita e destituível a qualquer tempo, não mais pela assembléia, mas pelo conselho de administração (art. 143).

14. A lei municipal ora em estudo *altera profundamente* o mecanismo legal de eleição dos diretores de empresas públicas e mistas municipais, constituídas sob a forma de sociedade anônima. Se se tratar de uma empresa anônima pública, com administração singular, praticamente retira da assembléia geral a competência de eleger a diretoria, pois sujeita a investidura à prévia aprovação da Câmara Municipal. Se se tratar de uma empresa de economia

mista, subtrai do conselho de administração a competência para eleger os diretores, fixada em lei. Mesmo se se considerar, numa interpretação generosa, que, quando a lei municipal fala em "diretores de sociedades anônimas de economia mista", o legislador está-se referindo aos membros do conselho de administração, órgão tornado doravante obrigatório nessas sociedades, há dupla modificação do estatuto do anonimato: a) introduz uma condição estranha na eleição dos conselheiros, que a lei defere à livre deliberação da assembléia geral; b) retira da minoria o direito de elegr um ou mais conselheiros, ao atribuir *exclusivamente* ao Executivo Municipal e à Câmara os poderes para indicar e aprovar os membros do conselho de administração.

15. Assim, dúvida não ensombra de que a lei municipal em tela transgride os princípios fundamentais da lei de sociedades por ações, que é uma lei federal. Competindo à União legislar sobre direito privado, não pode o legislador menor alterar a lei federal de conteúdo privado, desrespeitando o mecanismo de competência legislativa consagrado na Constituição. O ato do Legislativo Municipal de São Paulo é, pois, patentemente inconstitucional, pelas razões expostas.

IV

AINDA A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL N.º 8 550/77

16. Nem se argumente que a lei municipal em questão não interfere na organização e funcionamento das sociedades públicas e mistas, como asseveramos, visto que ela se endereçaria, *extra corporis*, ao prefeito municipal, não intervindo no processo *interno* de eleição de administradores dessas sociedades, que permaneceria imaculadamnte dentro do mecanismo legal.

17. Sobre ser um sofisma, ainda que se pudesse sustentar essa posição (o que duvidamos), a lei municipal em apreço agride o princípio constitucional da *independência dos poderes* (Const. Federal, art. 6.º; Const. Estadual, art. 2.º) Pois é claro que a independência recíproca dos poderes não significa a inexistência de pontos de contacto entre eles, no desempenho de suas tarefas. Ela não exclui que os poderes, no desempenho *harmônico* de suas funções, colaborem entre si relativamente ao exercício de uma delas. Mas esta colaboração em hipóteses tópicas deve gozar de previsão constitucional. É o caso de certos cargos da administração pública, cujo preenchimento consubstancia, na sistemática constitucional, ato complexo, que depende da colaboração do Executivo e do Legislativo (Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*. RT, 1967, t. 3, p. 80-1).

18. Assim, dispõe a Constituição Federal de 1967, com as alterações da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, em seu art. 42, inciso I, repetindo preceito que remonta à Carta de 91, que, *verbis*:

"Art. 42. Compete privativamente ao Senado Federal:

III. Aprovar, previamente, por voto secreto, a escolha de magistrados, nos casos determinados pela Constituição, dos Ministros do Tribunal de Contas da União, do Governador do Distrito Federal, bem como dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Distrito Federal e dos Chefes de missão diplomática de caráter permanente."

19. Esses vários casos de nomeação para cargos do Executivo e do Judiciário, que dependem da prévia aprovação do Legislativo, costituem exceções, expressamente previstas na Lei Maior, e não admitem qualquer extensão por lei ordinária.

Trata-se de uma enumeração exaustiva de hipóteses excepcionais, em que se trinca o princípio da separação dos poderes, por motivos superiores. A lista dos cargos sujeitos a esse procedimento tem variado de texto constitucional para texto constitucional. Nunca, porém, se abandonou a idéia de que esse elenco de cargos públicos, de nomeação dependente de manifestação de dois poderes estaduais, constitui um *numerus clausus*. Tanto é verdade que a extensão dessa lista, prevista no dispositivo correspondente da Constituição Federal de 1967, foi suprimida pela Emenda n.º 1, de 1969. Pois o art. 45, I, do texto promulgado em 1967 rezava que:

"Art. 45. Compete privativamente ao Senado Federal:

III. Aprovar, previamente, por voto secreto, a escolha de magistrados, quando exigidos pela Constituição; do Procurador-Geral da República, dos Ministros do Tribunal de Contas, do Prefeito do Distrito Federal, dos Governadores dos Territórios, dos Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente *e, quando determinado em lei, a de outros servidores.*"

20. Cotejando os textos constitucionais, verificamos que a Emenda n.º 1, de 1969, excluiu do rol o cargo de Procurador-Geral da República e o de Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Por outro lado, suprimiu a possibilidade de extensão da lista, por lei especial, que era a grande novidade introduzida pela Carta de 67 (Gonçalves Ferreira Filho, Manoel. *Comentários à Constituição Brasileira*. Saraiva, 1972, v. 1, p. 250). Idêntica enumeração exaustiva, contém a Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 16, inciso X.

21. Assim sendo, lei ordinária, de nível federal, estadual ou municipal, que venha a condicionar a nomeação de diretor de empresas públicas e mistas, feita pelo Executivo, à prévia aprovação do Legislativo, sobre não dispor do respaldo de norma constitucional, agride o princípio da independência dos poderes, inscritos na Carta Magna. Por conseguinte, também por esses motivos, a lei municipal n.º 8 550/77 padece de inconstitucionalidade.

V

OUTRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL N.º 8 550/77.

22. A inconstitucionalidade do diploma municipal, duplamente levantada no curso deste parecer, ainda mais se evidencia, quando indagamos da *ratio legis* que a teria motivado. Pois nas exceções elencadas no dispositivo constitucional transcrito, em que é prevista a colaboração necessária de dois poderes do Estado na nomeação de certos funcionários e juízes de elevada graduação funcional vislumbra-se, de pronto, motivo superior, que as justifica. Natural que a nomeação dos ministros encarregados de examinarem as contas do Executivo, seja condicionada ao prévio assentimento de outro poder. Óbvias razões de ordem política legitimam que os ministros do Supremo Tribunal Federal — que, entre outras funções, têm a competência de julgar originariamente conflitos de atribuições entre os poderes do Estado — sejam nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha do Senado Federal. Idênticos motivos justificam que os chefes de missão diplomática de caráter permanente sejam nomeados pelo Executivo com aprovação prévia do Legislativo, na medida em que irão representar o Estado nacional, independentemente da distinção das três funções estatais. Ora, qual seria a razão de ser do ato do Legislativo Municipal de São Paulo, ao submeter a investidura dos diretores de

empresas públicas e mistas, indicados pelo Executivo Municipal, à prévia aprovação da Câmara? Seria o estabelecimento de um mecanismo de controle da conduta empresarial, para aferição da efeciência, legalidade e moralidade administrativa das empresas do Estado? Se assim é, o mecanismo concebido é tecnicamente inadequado para a espécie.

23. Com efeito, a personalidade jurídica de direito privado, atribuída às empresas públicas e mistas, tem como objetivo precípuo a liberação dos processos burocráticos de gestão administrativa e financeira. É, em suma, o repúdio aos sistemas clássicos de controle da administração direta, de forma a propiciar maior flexibilidade operacional e permitir a abstenção dos processos formais da contabilidade pública (Tácito, Caio. *Controle das empresas do estado, RDA.* 111/3). Contudo, se a eficiência das empresas estatais (públicas e mistas) repousa, assim, na *fuga ao controle administrativo ordinário,* não se pode concluir que devem as empresas do Estado conviver com a empresa privada, com a mesma estrutura de fiscalização e controle desta. Ou seja, a vigilância do Estado sobre as sociedades de que participa não é, estritamente, a de acionista, mas transcende a esta, mediante poderes superiores de supervisão. Inalcançadas pelo controle administrativo ordinário, as empresas públicas e mistas estão, todavia, sujeitas a *controles administrativos específicos,* que se caracterizam por serem *instrumentos de controle externos,* que possibilitam um ajuizamento adequado da gestão econômico-financeira das sociedades comerciais do Estado, sem lhes tolher, porém, a indispensável margem discriminatória de operação flexível dos serviços descentralizados que lhe estão afetos. É o caso do *controle contábil* pelo Tribunal de Contas, previsto em lei federal (Lei n.º 6 223, de 14 de julho de 1975, arts. 7.º e 10.º); é o caso do *controle parlamentar* previsto no art. 45 da Constituição Federal: é o caso do *controle administrativo,* previsto no Decreto-lei n.º 200, de 1967, através da regra da *supervisão ministerial* (art. 19 e segs.). No âmbito estadual, a Emenda Constitucional n.º 2, de 30 de outubro de 1969, no art. 87, preceitua de forma semelhante, atribuindo o controle à Assembléia Legislativa, com auxílio do Tribunal de Contas.

24. São, no entanto, formas de *controle externo,* que não interferem na economia interna da empresa. Como sublinha Oscar Barreto Filho, nas entidades descentralizadas, que se revestem, via de regra, da forma de sociedade anônima, em conformidade com a legislação de regência (Lei n.º 6 404, de 15 de dezembro de 1976) o sistema de *controle interno* é atribuído *exclusivamente* a dois órgãos sociais: a Assembléia Geral dos acionistas e o Conselho Fiscal (O controle externo das instituições financeiras do Estado. *Rev. Proc. Geral do Est. de São Paulo,* v. 8, p. 37, 1976).

25. De resto, a própria razão de ser das empresas públicas e mistas está justamente na eliminação do controle administrativo ordinário e na sujeição a um específico esquema de controle interno privado e de controle externo estatal (Vito, Francesco *et alii. Il controllo dell'impresa pubblica.* Milão, 1960; Franceschelli, Remo, *et alii., Controlli interni ed esterni delle società per azioni,* Milão, 1972). Ficasse o Executivo condicionado a submeter ao prévio assentimento do Legislativo as nomeações para os órgãos diretivos das empresas públicas e mistas, não haveria razão por que optar por essas formas de direito privado para a prestação de serviços públicos, visto que, sob outras formas de administração descentralizada, como a autarquia, desfrutaria ele da faculdade de

prover livremente os cargos públicos. E, na hipótese em exame, nós nos defrontaríamos com a situação esdrúxula de o Executivo Municipal ter que obter o beneplácito do Legislativo para eleger um membro de uma empresa pública ou mista — digamos, a CMTC — e dispor, ao mesmo tempo, da mais inteira liberdade para nomear o Secretário da Municipalidade, a cuja supervisão estão submetidas as empresas estatais mencionadas. O absurdo dessa situação mostra a total inadequação da solução eleita pelo ato legislativo em exame.

VI

CONCLUSÃO

26. Pelas razões expostas, temos por inconstitucional a Lei n.º 8 550, decretada pela Câmara Municipal de São Paulo, em 15 de fevereiro de 1977, e promulgada em 31 de março de 1977.

27. É o parecer, *sub censura.*

São Paulo, 30 de dezembro de 1977. *Luiz Gastão Paes de Barros Leães,* Professor Adjunto de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.