LICITAÇÃO — CONTRATOS — EMPRESA PÚBLICA — REGISTROS CONTÁBEIS — DESPESA PÚBLICA

— Não se aplicam à Embratur, como empresa pública, as normas do Decreto-lei n.º 200/67, relativas a licitações e contratações.

— Também não se aplicam as normas da Lei n.º 4 320/64, sobre rescisões contábeis e processamento de empresa pública.

PARECER

I — A DEFINIÇÃO DA EMBRATUR COMO EMPRESA PÚBLICA E SUA PERSONALIDADE JURÍDICA

1. A Empresa Brasileira de Turismo — Embratur foi dada como criada pelo art. 11 do Decreto-lei nº 55, de 18 de novembro de 1966, "com natureza de empresa pública". Vinculando-a ao Ministério da Indústria e do Comércio, o

referido dispositivo legal define como sua finalidade a de "incrementar o desenvolvimento da indústria de turismo e executar no âmbito nacional as diretrizes que lhe forem traçadas pelo Governo." Embora criada "com natureza de empresa pública", o § 1º desse mesmo art. 11 define que "a Embratur terá *personalidade jurídica de direito público,* patrimônio e autonomia administrativa e financeira".

Limitar-me-ei, neste passo, a examinar as questões da caracterização da Embratur como empresa pública e da definição de sua personalidade jurídica, deixando para outra oportunidade a análise de suas finalidades e competências — estas enunciadas no art. 13 do Decreto-lei nº 55/66.

2. O Decreto nº 60 224, de 16 de fevereiro de 1967 — que regulamentou o Decreto-lei nº 55/66 — em seu art. 17 e § 1º, respectivamente, reiterou as determinações consagradas pelo Decreto-lei: a Embratur tem natureza de empresa pública e possui personalidade jurídica de direito público.

Tais determinações — logo se vê — definem-se como contraditórias, de modo explícito e incontestável, nove dias após a data do Decreto nº 60 224/67, com o advento do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, em seu art. 5º, II, originariamente peculiarizou a empresa pública como "entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado".

3. Não obstante a evidência da ab-rogação da disposição contida no § 1º do art. 11 do Decreto-lei nº 55/66, pelo art. 5º, II do Decreto-lei nº 200/67, os primeiros estatutos da Embratur — aprovados pelo Decreto nº 60 362, de 10 de março de 1967 (posterior, pois, ao Decreto-lei nº 200/67) — definem-a, em seu art. 2º, como detentora de personalidade jurídica de direito público.

O equívoco apenas foi corrigido anos depois, nos novos estatutos da Embratur, aprovados pelo Decreto nº 78 549, de 11 de outubro de 1976, cujo art. 2º a define, então, como *entidade de administração indireta,* que tem *personalidade jurídica de direito privado.*

4. O alinhamento dessas primeiras observações reclama a postulação de algumas considerações a propósito do instituto — e seu conceito — da empresa pública.

II — O INSTITUTO DA EMPRESA PÚBLICA E SEU CONCEITO

5. À noção de empresa pública atribuiu-se, durante longo tempo, âmbito bastante dilatado, de sorte tal que a expressão a que corresponde cobria também, em termos jurídicos, o fenômeno das sociedades de economia mista.

Se tomarmos de um texto tradicional na doutrina jurídica nacional, de Leopoldo Braga (Empresas públicas. In: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro.* Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, s.d., v. 20, p. 119), verificaremos que o autor incluía como abrangidas pela expressão "empresa pública" toda e qualquer sociedade em que o setor público tivesse ou mantivesse qualquer interesse, além dos serviços de administração estatal e dotados de autonomia orçamentária e contábil ou administrativa — excluídas, apenas, as autarquias. Assim, naquele entendimento, estariam englobadas pela noção de empresa pública tanto as concessionárias de serviços públicos quanto as modernamente chamadas sociedades de economia mista e as sociedades públicas de um só membro, dotadas de personalidade jurídica de direito privado — a que Leopoldo Braga se referia como "empresas públicas absolutas".

Bilac Pinto, em conferência que constitui uma pérola da doutrina jurídica nacional (O Declínio das sociedades de eco-

nomia mista e o advento das modernas empresas públicas. In: *Estudos sobre a Constituição brasileira.* Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, 1954. p. 43-57; tb. in: *Revista de Direito Administrativo,* v. 32, p. 1-15), no entanto, demonstrou consubstanciar a empresa pública uma técnica de atuação estatal subseqüente à experiência da utilização das formas de sociedade de economia mista. A propósito, como já afirmei em outra oportunidade (Considerações a propósito das sociedades de economia mista. In: *Revista de Direito Público,* v. 17, p. 126), a passagem das sociedades de economia mista para as empresas públicas deu-se na medida em que, para superar as teses do liberalismo econômico e a antítese do Estado único empresário, a organização estatal associou-se a empresários privados; logo a seguir, porém, apercebeu-se de que o sucesso das entidades criadas advinha exclusivamente da adoção dos princípios da administração gerencial peculiares ao setor privado, que poderiam ser por ela adotados — quanto à execução de determinadas parcelas de suas atividades — independentemente de associação com as pessoas dos empresários privados. O Estado, então, na expressão de Zwahlen (Apud Bilac Pinto, op. cit. p. 52), procurou livrar-se da sociedade de economia mista, que, "detida em sua evolução", deu lugar à sociedade de pessoas jurídicas de direito público e à sociedade pública de um só membro, que excluem toda ingerência privada".

Se substituirmos, no texto de Zwahlen, as expressões "sociedade de pessoas jurídicas de direito público" e "sociedade pública de um só membro" por "empresa pública pluripessoal" e "empresa pública unipessoal", teremos com precisão circunscrito o universo atualmente abrangido pela noção de empresa pública.

6. O primeiro conceito de direito positivo, de empresa pública, entre nós colocado, é encontrado no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, na redação originária do seu art. 5º — que a definia como entidade da administração indireta — inciso II:

"empresa pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades de administração indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o Governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito".

Alterou-o, contudo, o art. 1º do Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969 — em disposição que complementou no seu art. 5º. Segundo o novo conceito, é:

"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 conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito".

E, completou, o art. 5º

"Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da empresa pública (art. 5º, inciso II, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967), 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".

7. As alterações trazidas ao originário conceito de empresa pública, pelo Decreto-lei nº 900/69, atingem, basicamente,

dois dos seus elementos caracterizantes, o *objeto* e o *capital* da entidade.

No que tange ao *objeto*, não terá havido, à primeira vista, modificação fundamental no conceito, eis que — assim o entendimento de José Cretella Júnior (*Empresa pública*. São Paulo, José Bushatsky editor, 1973, p. 67) — a *natureza empresarial* da empresa pública decorre precisamente da *atividade econômica* por ela desenvolvida. A esse tema, porém, retornarei mais adiante.

8. Quanto ao capital da empresa pública, a inovação gerada pelo Decreto-lei nº 900/69 repousa na circunstância de ter passado ele a admitir preencham a condição de partícipes naquele capital pessoas jurídicas de direito público interno (estados, municípios, Distrito Federal e entidades da administração direta federal, estadual e municipal — desde que dotadas de personalidade jurídica), bem assim as entidades da administração indireta dos três níveis de Governo, desde que detenha, a União, a maioria do capital votante. No conceito definido pelo Decreto-lei nº 200/67, na redação originária do inciso II do seu art. 5º — observe-se — do capital social da empresa pública apenas poderiam participar a União ou suas entidades de administração indireta.

9. O que distingue as empresas públicas, pois, inicialmente, das sociedades de economia mista é o fato de ser requisito essencial do conceito daquelas a *exclusividade de capital público*. Nas sociedades de economia mista há, necessariamente, co-participação de capitais públicos e privados. Assim o pressupõem os vários conceitos de sociedade de economia mista inseridos no direito positivo nacional (Veja Grau, Eros Roberto. Comentários ao capítulo XIX — sociedades de economia mista. In: *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*. São Paulo, co-edição do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Editora Resenha Universitária, 1978. p. 141 e seg.), especialmente os do Decreto-lei nº 200/67 e da nova lei das sociedades anônimas. Exato ter o direito positivo nacional, assim, contemplado um conceito restrito de empresa pública, desprezante da noção abrangente — enunciada por Leopoldo Braga — que outrora lhe era atribuída.

Uma ressalva, de toda a sorte, deve ser oposta à afirmação da exclusividade de capital público nas empresas públicas, visto como, ao menos em uma hipótese, nele participarão, indiretamente, entidades do setor privado. Refiro-me à possibilidade, admitida pelo art. 5º do Decreto-lei nº 900/69, de integração de sociedades de economia mista — entidades de administração indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (veja, a propósito da existência de sociedades de economia mista a níveis estadual e municipal, Grau, Eros Roberto. Comentários ao capítulo XIX — sociedades de economia mista. cit. p. 146-8) — no capital da empresa pública. Sendo elemento inerente à caracterização das sociedades de economia mista — como vimos linhas acima — a participação de pessoas do setor privado (isto é, de capitais privados) no seu capital, tais pessoas findam por participar, indiretamente, do capital da empresa pública, através da sociedade da economia mista que o tiver subscrito. É o que ocorre, exemplificativamente, com a Embratel, de cujo capital participam inúmeras sociedades de economia mista, tais como, entre outras, a Petrobrás, a Companhia Vale do Rio Doce, o Banco do Brasil e a Eletrobrás. (A propósito, colocando em foco a questão, indaga Cretella Júnior [*Empresa pública*, cit. p. 207] se tal participação não acaba por invalidar a própria definição de empresa pública contida nos Decretos-leis nº 200/67 e 900/69).

10. É na composição do seu capital, de resto, que as empresas públicas se bipartem em *unipessoais* e *pluripessoais*.

No primeiro caso, terão elas tão somente um sócio ou acionista, que haverá de ser, necessariamente, a União. Estaremos diante, então, daquela forma originariamente denominada "sociedade pública de um só membro", cujo modelo inicial pode ser apontado na Vereinigte-Industrieunternehmungen A.G., Berlin (VIAG), sociedade anônima surgida na Alemanha, em 1923, da qual era o Reich o único acionista.

Na segunda hipótese, serão sócios ou acionistas da sociedade, além da União — que deterá sempre a maioria do capital votante, como estipula o art. 5º do Decreto-lei nº 900/69 — outras pessoas de direito público interno e/ou entidades da administração indireta da União, dos estados, do Distrito Federal ou de municípios.

Exemplo típico, entre nós, de empresa pública unipessoal é encontrado, precisamente, na Embratur: todo o seu capital é constituído, integralmente, pela União (veja art. 5º dos estatutos aprovados pelo Decreto nº 79 549/76). Já como empresa pública pluripessoal será oportuno citar a Embratel, acima referida.

É extremamente interessante observar que, embora em rigor tenha sido a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (Novacap) a primeira empresa pública criada entre nós — Lei nº 2 874, de 19 de setembro de 1956 —, foi a Embratel a primeira delas a ser expressamente designada como tal pelo direito positivo, no art. 42 da Lei nº 4 117, de 27 de agosto de 1962 — e, expressivamente, como de natureza pluripessoal (note-se que o art. 5º, II, do Decreto-lei nº 200/67, não admitia senão a existência de empresas públicas unipessoais; a previsão de sua constituição como pluripessoais foi consagrada apenas no art. 5º do Decreto-lei nº 900/69).

11. Um segundo ponto a distinguir as empresas públicas das sociedades de economia mista está em que as segundas — conforme disposição expressa do art. 5º, III do Decreto-lei nº 200/67 — assumem necessariamente a forma de sociedades anônimas (estou me referindo, aqui, exclusivamente ao conceito de sociedade de economia mista do Decreto-lei nº 200/67, mesmo porque, se tomarmos de outros conceitos, do mesmo instituto, adotados pelo direito positivo — cite-se, a título de exemplificação, a legislação do imposto de renda — poderemos, ao menos teoricamente, encontrar sociedades de economia mista não sob a forma de sociedades anônimas) ao passo que as empresas públicas — prevê o art. 5º, II, do mesmo Decreto-lei nº 200/67 — podem revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

A importância do tema, neste passo, é notável, eis que, enquanto que em relação às sociedades de economia mista o seu modelo societário será sempre o das sociedades anônimas, no caso das empresas públicas, algumas dificuldades emergentes, de delineamento do seu modelo, podem se manifestar. Enfatizo, especialmente, a circunstância de que o art. 5º, II do Decreto-lei nº 200/67 faz referência a "qualquer das formas admitidas em direito", parecendo reportar-se, assim, a modelos societários preexistentes, no seu perfil consagrados pelo direito. As dificuldades em pauta se farão sentir mormente no caso das empresas públicas unipessoais — e assim ocorre com relação à Embratur — especificamente quando a estruturação que se adote com respeito a elas seja a de sociedade anônima.

12. Um outro aspecto a mencionar, no tratamento conceitual da empresa pública, diz respeito à indicação, no texto do art.

5º, II do Decreto-lei nº 200/67, de que é ela *criada por lei.*

Examinando detidamente a questão, parece-me que a motivação da adoção, pelo texto legal, da criação por lei como requisito para o surgimento da empresa pública está em que esta consubstancia uma figura jurídica de estrutura ímpar, que — embora deva adotar qualquer das formas admitidas em direito — excepciona-se às regras ordinárias de direito comercial. Note-se que à sociedade de um só membro — a empresa pública unipessoal, tipo único admitido pelo conceito enunciado no citado art. 5º, II, em sua redação originária — corresponde um modelo jurídico não assentado sobre os critérios normativos correntes do direito societário. A figura da sociedade subsidiária integral — note-se — teve apenas mais recentemente prevista a sua criação, no art. 251 da lei nº 6 406, de 15 de dezembro de 1976.

Daí porque admito que, tornando-se necessárias inovações naqueles critérios, para que surja a empresa pública faz-se indispensável o advento de lei especial, consubstanciadora de tais inovações. A lei que *cria* a empresa pública, portanto, tal como o impõe o Decreto-lei nº 200/67, é aquela que opera a geração de uma estrutura societária excepcional em relação aos modelos ortodoxos do direito privado. Tenha a empresa pública surgido de transformação de outra sociedade, anteriormente existente, tenha sido ela objeto de constituição, consubstanciando uma entidade nova, dependerá sempre, a sua *criação* como tal, da superveniência de lei que lhe defina uma estrutura ou regime especial, inovador em relação ao direito comum.

A admissão de tal entendimento parece-me indispensável à sustentação da existência de um *conceito jurídico* de empresa pública. Abstraído o sentido acima atribuído à criação da empresa pública *por lei*, gravitaríamos, no que tange a ela, apenas em torno a conceitos econômicos e administrativos, tornando-se inarredável a sua inclusão — quando examinado o fenômeno sob critérios jurídicos — entre a generalidade das sociedades regidas pelo Direito Civil e Comercial.

É necessário salientar, neste ponto, a circunstância de que há diferença marcante entre a lei que *cria* a empresa pública — no sentido acima definido — e a lei que *autoriza* a organização estatal a constituir ou a participar do capital de sociedade qualquer. A lei que dá prévia autorização àquela constituição ou participação, simplesmente, não cria empresa pública. O ato do Poder Legislativo, neste último caso — e tais observações são perfeitamente aplicáveis às sociedades de economia mista — consubstancia mera autorização de despesa a ser realizada, mediante a transposição de recursos de uma dotação orçamentária para outra ou abertura de crédito especial ou suplementar, ou, ainda, de despesa que exceda aos créditos orçamentários ou adicionais (cf. art. 61, § 1º, letras *a, c* e *d* da Emenda Constitucional nº 1/69). Norma de direito financeiro, autoriza a realização de despesa pública indispensável à subscrição do capital de sociedades pelo poder público ou a destinação de recursos a fins distintos dos originariamente previstos — tal como nos casos de fusão de empresas.

Marcada tal distinção e ponderadas minhas anteriores considerações — de acordo com as quais são empresas públicas, em sentido estritamente jurídico, tão-somente as que configurem um modelo societário peculiar, ainda que, repita-se, em forma admitida em direito — torna-se possível a afirmação de que algumas das chamadas *empresas públicas pluripessoais* não consubstanciam, no sentido técnico-jurídico mais rigoroso, verdadeiras empresas públicas. Se não tiverem sido adotadas, com relação a elas, estrutu-

ras jurídicas excepcionais, configurarão meramente sociedades — em regra sociedades anônimas — de cujo capital participa exclusivamente o poder público, através de inúmeras pessoas jurídicas de direito público interno e/ou de entidades de sua administração indireta. Empresas públicas serão, todavia, quando e se estruturas daquela ordem, embora pluripessoais, tenham sido consagradas para o seu funcionamento.

Já no que tange às *empresas públicas unipessoais,* serão sempre — salvo, anote-se, se constituídas como subsidiários integrais, nos termos do art. 251 e seu § 2º da Lei nº 6 404/76 — verdadeiras empresas públicas, no sentido técnico-jurídico. A simples circunstância de se tratar de sociedades de um sócio apenas já as define como atidas a uma estrutura societária especial, em relação ao direito comum. Tal o caso, tipicamente circunscrito, da Embratur.

13. As observações que acabo de tecer e sejam o alinhamento de algumas considerações a respeito da questão referida à existência ou não existência de empresas públicas a nível estadual e municipal — que, por certo, não serão excessivas no âmbito do presente parecer.

Não há consenso de doutrina a respeito. Autores há que admitem possam estados e municípios criá-las, desde que, no entanto, destinadas à prestação de serviços públicos e não ao exercício de atividade econômica (v.g., Cretella Júnior, *Empresa pública.* cit. p. 257 e 260 e seg. e Bandeira de Mello. Celso Antonio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta.* S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 133). Parece-me, todavia, ser injustificada a restrição assim posta à existência de tais empresas, visto ser inexato o entendimento segundo o qual estados e municípios estão impedidos de exercer atividade econômica em sentido estrito (veja, a propósito, Grau, Eros Roberto. Comentários ao capítulo XIX — sociedades de economia mista. cit. p. 140, e *Planejamento econômico e regra jurídica.* São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 201, nota 151).

A questão, ao que me parece, deve ser analisada desde outro ângulo. Isso porque, como vimos, a empresa pública — em sentido jurídico — é objeto de uma criação legal, peculiarizando-se pela sua estruturação excepcional, inovadora em relação aos modelos ortodoxos de direito comercial. Sem essa *criação legal,* pois — que a mera autorização para constituir sociedade não pode suprir — não é possível cogitarmos da existência de empresa pública. Pois bem: visto que apenas à União compete legislar sobre direito comercial, na forma do que dispõe a letra *b* do nº XVII do art. 8º da Emenda Constitucional nº 1/69, tenho como indubitável a insuficiência de lei estadual ou municipal para gerar a estrutura societária a que venho me referindo, caracterizante da empresa pública. Vale dizer: são insuficientes, lei estadual e lei municipal, para criarem empresas públicas, no sentido estritamente jurídico — o que fundamenta e justifica a afirmação da inexistência de empresas públicas estaduais ou municipais, salvo se criadas por lei federal (a propósito da criação por lei das sociedades de economia mista, veja Grau, Eros Roberto. Comentários ao capítulo XIX — sociedade de economia mista. cit. p. 140-1 e 144-6.

Não se está a negar, assim, a realidade da existência de empresas estaduais e municipais cujos capitais são integrados apenas pela participação de pessoas jurídicas de direito público interno e/ou entidades da administração indireta estadual ou municipal. Apenas, porque não sujeitas a regime jurídico excepcional, em relação ao direito societário, não poderão ser elas, *juridicamente,* entendidas como verdadei-

ras empresas públicas. Trata-se, no caso, de sociedades — geralmente anônimas — nas quais o estado ou município tem participação majoritária (porque exclusiva) ainda que, indevidamente, *em uma visão econômica,* sejam referidas como empresas públicas (se adotarmos um *conceito econômico* — não-*jurídico,* portanto — de empresa pública e o aplicarmos ao elenco das sociedades integradas no âmbito da administração indireta, no Estado de São Paulo, verificaremos que inexistindo, no capital de muitas delas, qualquer participação do setor privado, hão de ser elas definidas como empresas públicas: é o caso da CAIC — Companhia Agrícola, Imobiliária e Colonizadora, da Cosesp — Companhia de Seguros do Estado de São Paulo, da Emplasa — Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande São Paulo, da Cecap — Companhia Estadual de Casas Populares, da Conesp — Companhia de Construções Escolares do Estado de São Paulo, do Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo S.A. (IPT), entre outros; outro ponto a salientar é o atinente à situação de algumas sociedades constituídas a nível municipal, às quais se referem o texto normativo que autoriza sua constituição e também seus estatutos como *empresa pública*; as referências são indevidas e apenas se explicam na medida em que se admita tenham sido usadas no sentido econômico da expressão).

No mais, relativamente às empresas públicas unipessoais, há ainda a mencionar a circunstância de que apenas se constituídas em virtude de lei federal estarão dispensadas de arquivamento de seus atos constitutivos no Registro de Comércio — tal como ocorre, aliás, com a Embratur. Não é concebível que lei estadual ou municipal promova o surgimento de uma sociedade de um só membro — salvo, naturalmente, a figura da subsidiária integral — que tenha existência como sujeito de direitos e obrigações independentemente daquele registro. A impossibilidade formal da existência de empresa pública unipessoal estadual ou municipal é, portanto, neste passo, evidente: para que surgisse como sujeito de direitos e obrigações seria indispensável aquele registro, que, todavia, não poderia ser deferido pelo Registro de Comércio senão quando a estrutura societária decorresse de lei federal. Saliente-se que tal registro apenas poderia ser deferido, a empresa como tal, se constituída — e não será este o caso — como empresa individual.

14. Resta-nos ainda explorar, no tratamento de aspectos relevantes do conceito de empresa pública, o perfil do seu *objeto.* Levados por considerações fundamente vinculadas à análise do seu capital, acabamos nos expandindo em comentários que, embora relevantes e realmente indispensáveis à compreensão do conceito, aparentemente nos afastaram da linha de exposição programada no item 7. Já que assim foi, pois, permito-me, anteriormente àquela exploração — do objeto das empresas públicas — abordar o tema, necessário, da personalidade jurídica delas. A ele me referi, de passagem, nos itens 1 a 3, acima, tendo em vista especificamente o caso da Embratur. As observações que seguem, todavia, consubstanciam complemento indispensável àquela referência.

15. No que tange à personalidade jurídica das empresas públicas, entende hoje pacificamente a doutrina ser de direito privado. Define-a como tal, por outro lado — como vimos — expressamente o Decreto-lei nº 200/67.

Tal definição é conseqüente, sem qualquer sombra de dúvida, à circunstância de que tanto as sociedades de economia mista quanto as empresas públicas consubstanciam, modernamente, um instrumento de descentralização das atividades do setor

público — ou dos serviços públicos — através do qual busca a organização estatal alcançar padrões de eficiência mais elevados do que aqueles que poderia lograr mediante a dinamização de seus ortodoxos instrumentos de administração direta. Definidas como entidades da administração indireta, as empresas públicas surgem como um dos instrumentos que permitem ao setor público fluente e dinamicamente perseguir a realização de seus fins.

Não será excessivo relembrar que, com a crescente elevação de certas necessidades à categoria de públicas — donde a também progressivamente quantitativa intervenção estatal no domínio econômico — os teorizadores dos meios de ação do poder público passaram à elaboração de instrumentos que lhes possibilitassem a perfeita consecução dos objetivos que se propunham atender. A partir de então o aparecimento, inicialmente das formas autárquicas — com personalidades de direito público — e, a seguir, dos primeiros empreendimentos de natureza pública exercitados sob formas de direito privado. Operada a descentralização dos serviços públicos, consagradas elaborações que sugeriam a sua exploração em regime de economia de escala, incrementou-se a técnica da constituição de sociedades — primeiramente de sociedades de economia mista, posteriormente, como vimos, de empresas públicas — que viessem a exercê-los.

Tais entidades, cujas motivações de instituição encontram-se na tentativa, do setor público, de aproveitar-se das virtudes da gestão de atividades pelos métodos da empresa privada (a utilização dos métodos da empresa privada, na prestação de serviços públicos de natureza industrial ou domiciliar, é expressamente recomendada, sempre que possível, pelo art. 70 da vigente Constituição do Estado de São Paulo (Emenda Constitucional nº 2, de 30 de outubro de 1969), ainda que tenham na organização estatal o titular exclusivo ou da maioria (é o caso das sociedades de economia mista) dos seus capitais sociais, nem por isso subvertem-se em suas características de personalidades de direito privado. Pois é justamente essa situação jurídica — titularidade de personalidade jurídica de direito privado — que as coloca sob regime não de direito público, possibilitando o seu funcionamento como instrumentos de administração de natureza privada, habilitados à fluente realização de fins a cujo atendimento as estruturas de direito público só complexamente se adaptariam.

A flexibilidade administrativa, pois, que justifica a adoção das técnicas empresariais pelas entidades em referência é corolário da atribuição, a elas, de personalidades jurídicas de direito privado. Retirado esse caráter a tais entidades, deixa de ter qualquer razão de ser a sua própria existência.

Por isso mesmo, aliás, é que a vigente Constituição Federal — em disposição expressa, no seu art. 170, § 2º, define que "na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações". A disposição, constitucional, neste ponto, é definitivamente precisa, tornando-se evidente e incontestável — a partir dela — a verificação de que as empresas públicas, bem como as sociedades de economia mista, são, por natureza, entidades titulares de personalidade jurídica de direito privado (questionamento dessa afirmação pode ser encontrado em Figueiredo, Lúcia Valle. *Empresas públicas e sociedades de economia mista*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978).

À análise do § 2º do citado art. 170 — mais uma vez ressalto — voltarei mais adiante.

16. Não obstante, porém, tal evidência, observa-se, no que concerne às empresas públicas, ter sido freqüente — como sintetiza Álvaro Caminha Muniz (*A Empresa pública no direito brasileiro*. Rio de Janeiro, Edição Trabalhista S.A., 1972, p. 92) "uma indisfarçável propensão para assemelhar a entidade à autarquia, no que se relacione com o seu controle, e uma inclinação visível, por outro lado, para conceder à empresa pública regalias e privilégios que só devem ser outorgados às pessoas jurídicas de direito público, fato que desfigura a entidade".

Evidente que tais propensão e inclinação — nitidamente manifestas no caso da Embratur como se observa tão-somente da formulação dos quesitos propostos — são inteiramente incoerentes com a definição da empresa pública como entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado.

17. Quanto ao objeto da empresa pública, a inovação trazida pelo Decreto-lei nº 900/69, no conceito do art. 5º, II do Decreto-lei nº 200/67, coloca-se na referência de se destinar ela a *exploração de atividade econômica*. Anteriormente — relembre-se — o conceito originário a indicava como voltada ao desempenho de *atividade de natureza empresarial*.

O conceito novo, todavia, é explícito: empresa pública é entidade criada para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou conveniência administrativa.

A análise, que devemos empreender, do sentido conceitual nestes termos consagrado deve fundar-se, precisamente, na consideração da significação da expressão *atividade econômica*.

A questão fundamental a explorar, a partir daí, estará na indagação que se coloca a propósito da oposição ou não oposição entre os conceitos de *atividade econômica* e *serviço público*. Atento à questão e certamente na consideração da dúvida que se tem colocado a respeito da possibilidade de as empresas públicas terem por objeto a prestação de serviços públicos, Celso Antonio Bandeira de Mello (in: *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, cit. p. 135) enfatiza a necessidade de interpretar-se o conceito do art. 5º, II do Decreto-lei nº 200/67 segundo critérios muito elásticos, eis que, "caso se pretendesse atribuir sentido técnico rigoroso às expressões usadas pela lei, ter-se-ia que excluir da noção de empresa pública um grande número das principais empresas públicas do país". O questionamento a propósito da matéria torna-se mais sério ainda quando se observe que o art. 170 e seus parágrafos, da Emenda Constitucional nº 1/69, referem, especificamente, o exercício da *atividade econômica*.

Tenho para mim, todavia, inexistir oposição — mas sim plena integração — entre aqueles conceitos, visto que *atividade econômica* é gênero no qual se inclui a prestação de *serviços públicos*. Entendida a empresa, no seu perfil corporativo, como organização/instituição voltada ao exercício de atividade econômica e compreendido que o setor público a ela recorre visando o mais fluente desenvolvimento de suas funções, daí decorrerá a conclusão de que, em tese, não se verifica aquela oposição.

A fundamentação desse meu entendimento reclama a colocação de algumas observações a propósito da noção de *serviço público* e — paralelamente — das noções de *atividade econômica* e *iniciativa econômica*.

A noção de serviço público entra em crise basicamente a partir do momento em que as tradicionais funções do Estado liberal se ampliam. Até então o serviço

público podia ser entendido como expressão de atividade administrativa de simples poder público (*schlicht Hoheitsverwaltung*), na dicção de Walter Jellinek (apud Forsthoff, Ernst. *Lehrbuch Des Verwaltungsrechts, C.H.* 10. ed. München, Beck' sche Verlagsbuchhandlung, 1973, p. 368). Voltado o Estado exclusivamente à realização dos valores de ordem, segurança e paz, como formas fundamentais do ideal de justiça (veja Vidigal, Geraldo. *Fundamentos do direito financeiro.* São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 138 e seg.) era o serviço público expressão apenas de poder político. E tão-somente em regime de exceção observava-se o desenvolvimento, por ele, de alguma ou outra atividade — serviço público — de natureza industrial.

Com a evolução, porém, do Estado e a consagração de novas formas do ideal de justiça — bem estar e desenvolvimento — ampliam-se tais funções e a noção de serviço público passa a cobrir também parcelas do *poder econômico,* ao lado das tradicionais expressões de *poder político.* Daí o rompimento das confrontações e delimitações que situavam o serviço público como, caracterizadamente, *um regime de direito público.* A interpenetração, na normatividade da atuação estatal, de critérios do direito público e do direito privado reclama e impõe, então, a elaboração de uma nova noção de serviço público.

É neste sentido a contribuição de Ernst Forsthoff (op. cit. p. 370) que, divisando na administração um agente de prestações em benefício da comunidade, designa o conjunto de funções pelas quais aquela fornece tais prestações como *Daseinvorsorge.* As funções de *Daseinvorsorge* compreendem todas as prestações que a administração fornece aos cidadãos, inclusive algumas que desbordam o quadro do direito administrativo e que são estudadas, adequadamente, em outros ramos do direito, como o direito econômico e o direito do trabalho e previdenciário (op. e loc. cit). Daí porque — conclui — todas as atividades administrativas que têm por fim o fornecimento de prestações ao público ou a categorias de pessoas constituem as funções de *Daseinvorsorge,* sendo igualmente verdadeira a recíproca: todas as atividades de *Daseinvorsorge* são atividades administrativas, qualquer que seja a forma pela qual estejam sendo exercidas (op. e loc. cit.).

Assim, se pretendermos manter ainda em pleno uso, no moderno Estado social — que tem por fim a realização dos ideais de bem-estar e desenvolvimento — a expressão *serviço público,* há de ser ela aproximada da noção de *Daseinvorsorge.*

A ampliação do volume de prestações que a administração passa a dever à comunidade — estendendo a longas distâncias o horizonte dos serviços públicos — é notável (veja, a propósito, prestações nesta linha definidas pelo art. 165 da Emenda Constitucional nº 1/69). E a incorporação, nesse elenco, de inúmeras delas que expressam manifestações de poder econômico é que vai dar origem ao surgimento e desenvolvimento de novos ramos do direito.

Tomando pois, de uma noção ampla de serviço público (veja Bilac Pinto. O Declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas. cit. p. 43), teremos que surgirá este sempre que a organização estatal esteja a desenvolver atividade econômica de importância para o grupo social visando assegurar a satisfação de suas necessidades — não estando a iniciativa privada devidamente aprestada a executá-la, seja porque não tem condições ou não deseja exercê-la, seja porque a exercerá de modo contrário ao interesse geral. No primeiro caso, as atividades econômicas que exigem vultosos aportes de capital e de tecnologia; no segundo caso, as atividades econômicas não

suficientemente rentáveis; no terceiro caso, os chamados serviços públicos — também atividades econômicas, porém — em sentido amplo, de definição constitucional, elencados basicamente no art. 8º da Emenda Constitucional nº 1/69. Em todas essas hipóteses a organização estatal estará desenvolvendo formas de atividade econômica caracterizadas como do tipo serviço público.

A integração entre serviço público e atividade econômica, assim, é cabalmente demonstrada na medida em que simplesmente se observe que as prestações cujo fornecimento consubstancia exercício de serviço público envolvem a utilização de recursos escassos; e a partir desse último termo — utilização de recursos escassos — é que se constrói o perfil da atividade econômica. A integração do serviço público na noção de atividade econômica se opera, destarte, em razão de ser esta última gênero em que se alberga o primeiro, como espécie dela.

A mais completa análise do problema colocado — do objeto da empresa como elemento integrante do seu conceito — reclama, de toda sorte, novos desenvolvimentos.

Entendida como atividade econômica qualquer atividade — e o conjunto delas — dirigida à realização de um determinado fim, mediante a utilização de recursos escassos, divisamos nitidamente, no Estado liberal, no campo da atividade econômica, duas áreas perfeitamente definidas: a área do serviço público — regime de direito público — e a área da iniciativa econômica do setor privado — regime do direito privado —, em ambas sendo exercitadas, sob motivações diversas, atividades de prestação de bens e serviços ao público ou a categorias de pessoas. Na medida em que se verifica a passagem do Estado liberal para o Estado social há uma interpenetração entre as áreas do serviço público e da iniciativa econômica do setor privado: a administração, por um lado, não exerce mais atividades decorrentes apenas do seu poder político, mas as desenvolve também no âmbito da iniciativa econômica; o setor privado passa, por outro lado, a contribuir efetivamente na execução — como concessionário ou permissionário — de atividades de serviço público.

Perde totalmente sua razão de ser, em função disso, a afirmação de que o serviço público é uma atividade sujeita a um regime de direito público e de que a iniciativa econômica (do setor privado) é atividade sujeita exclusivamente ao regime jurídico de direito privado. A iniciativa econômica não é mais exclusiva do setor privado — art. 163 e 170, § 1º da Emenda Constitucional nº 1/69; o serviço público não é mais, também, exclusivo da administração — art. 8º, XV da Emenda Constitucional nº 1/69. Ambos, porém, são entendidos como espécies do gênero atividade econômica.

Fundamental, para a compreensão do meu entendimento, é a observação de que não deixa o setor privado de exercitar iniciativa econômica quando desenvolve, em regime de concessão ou permissão, atividade de serviço público. Da mesma forma, quando a administração desenvolve iniciativa econômica, através de sociedade de economia mista ou de empresa pública, não ocorre transmutação da iniciativa econômica em serviço público: de serviço público se trata, na espécie, porque a administração detem o controle parcial ou total da empresa que está a exercer iniciativa econômica; o serviço público, em outros termos, neste caso encontra seu discrímen na circunstância de ser a administração a prestadora dos bens ou serviços de producão da empresa, isto é, na sua participação na empresa e não no exercício, em si, da atividade. Por isso afirmei, anteriormente, interpenetrarem-se completamente, nos dias atuais, as áreas do ser-

viço público e da iniciativa econômica — e, nesta esteira, os regimes de direito público e direito privado.

Um ponto mais, ainda, deve ser ferido: refiro-me à possível alusão à existência de oposição entre as noções de *serviço público* e *empresa*. Parece-me indiscutível, no entanto, não poderem ser elas postas em tal situação, eis que consubstanciam conceitos não paralelos ou simétricos, isto é, inseridos em um mesmo gênero. Se pretendêssemos discutir a questão que se coloca neste confronto, deveríamos — como, aliás, o fizemos — equacionar o confronto entre serviço público e iniciativa econômica, ou seja, entre objetos (*pour soi*) e não entre objeto (*pour soi*) e sujeito (*en soi*).

É necessário, ademais, no trato da questão, não confundir o *objeto* com os *fins* da empresa, enquanto organização e instituição. Como adverte Álvaro Caminha Muniz (*A Empresa pública no direito brasileiro*. cit. p. 59), nada impede que esta, tendo por *objeto* a exploração de atividade econômica (leia-se *iniciativa econômica*), sob qualquer de suas modalidades — comercial, industrial, financeira, etc. —, seja dinamizada em vista da consecução de *fins* de interesse público. As empresas públicas prestadoras de serviços públicos desenvolvem a sua atividade (econômica) — isto é realizam o seu objeto — motivadas por fins de interesse público.

Quanto ao intuito de lucro, há também que distinguir entre *lucro individual* e *lucro social*. A perseguição deste último é que, em qualquer circunstância, justifica — ou, teoricamente, deve justificar — a constituição da empresa pública. E tal ocorre — ou deve ocorrer — mesmo quando o objeto da exploração empresarial seja de tal natureza que nada obstaria a que viesse a ser desenvolvido pelo setor privado. Estaremos, na hipótese, diante de atividade (iniciativa) econômica que o setor privado não deseja exercer, por não propiciar níveis rentáveis de retorno de capitais. A respeito, ainda, as palavras de Álvaro Caminha Muniz (ob. cit. p. 59) quando afirma que, embora o intuito de lucro "possa fazer parte da cogitação do Estado, não é a razão de ser da criação do ente público". Compreende-se que, precisamente porque não ensejam lucro, certas atividades essenciais à comunidade não despertam o interesse da iniciativa privada. O Estado, entretanto, para cumprir fielmente sua missão, é obrigado a ingressar na atividade econômica (em sentido estrito, isto é, iniciativa econômica) para satisfazer aquelas necessidades comuns. Nesta hipótese, está o governo consciente de que a entidade que vai criar não lhe trará lucros, mas, ao contrário, constituirá um ônus para os cofres públicos. A lei fixa o objeto da empresa pública e ao mesmo tempo limita a iniciativa da atividade empresarial do Estado à contingência ou conveniência administrativa".

18. Uma nova questão, todavia, poderá, neste passo, ser colocada. É que, embora não tenha a doutrina ainda se detido sobre este ponto, no art. 170 e seus parágrafos, da Emenda Constitucional nº 1/69, lançou mão a Constituição da expressão *atividades econômicas* para — ao que parece — referir-se à *iniciativa econômica*, ou seja, para designar faixas de ação típicas do setor privado, isto é, atividades cuja organização e exploração competem preferencialmente às empresas privadas. E, mais, especificamente no § 2º deste mesmo art. 170, define o texto constitucional que às empresas públicas e sociedades de economia mista se aplicam as normas que regem o funcionamento das empresas privadas quando o Estado, através delas, explorar atividade econômica (iniciativa econômica). Poderá o intérprete, assim, daí extrair a conclusão de que o texto constitucional aparta, de um lado as atividades típicas do setor privado — isto é, as ini-

ciativas econômicas — de outro as atividades típicas do setor público — isto é, os serviços públicos.

Colocada a questão em outros termos, poder-se-ia afirmar que a Constituição lança mão da expressão *atividades econômicas* em sentido estrito, como iniciativa econômica — ao contrário do Decreto-lei nº 200/67, que a emprega em sentido amplo. Se tal for verdadeiro uma imediata conclusão pode ser extraída do texto constitucional: a de que a Emenda Constitucional nº 1/69 supõe o exercício, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, tanto de iniciativa econômica quanto de serviços públicos. A dúvida que estaria, então, a esclarecer a partir daí, colocar-se-ia na indagação a propósito da aplicação, às empresas públicas e sociedades de economia mista que desenvolvem não atividade econômica em sentido estrito (isto é, iniciativa econômica), mas serviço público, das normas que regem a ação das empresas privadas — ou seja, na interpretação do § 2º do art. 170 da Emenda Constitucional nº 1/69. A esta questão, também, retornarei logo adiante.

19. Desenvolvidas todas essas considerações que — não obstante mereçam ainda postulamentos específicos no encaminhamento das soluções a serem apresentadas a cada um dos quesitos propostos na consulta e a outros que consta me serão apresentados oportunamente pela Embratur — marcam o perfil do instituto empresa pública e seu conceito, poderemos passar a sua análise.

III — A EMBRATUR E AS NORMAS DO DECRETO-LEI Nº 200/67, RELATIVAS A LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES

20. Indaga-se, no primeiro quesito formulado, a propósito da aplicação, à Embratur, das normas do Decreto-lei nº 200/67, relativas a licitações e contratações — art. 125 e seguintes.

A matéria — aplicação de tais normas às empresas públicas e sociedades de economia mista — tem sido objeto de tratamento detido pela doutrina, havendo manifestações da jurisprudência, também, a seu respeito.

21. A *licitação* é conceituada por Hely Lopes Meirelles (*Licitação e contrato administrativo*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2.ª ed., 1975, p. 5-6) como "o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato do seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais, e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório e o contrato subseqüente."

O instituto da licitação é objeto de regulação pelo Decreto-lei nº 200/67, nos seus arts. 125 a 144, cujas normas se aplicam tanto às contratações da administração federal quanto àquelas das administrações estaduais e municipais (cf. art. 1º da Lei federal nº 5 456, de 29 de junho de 1968). O que importa saber, pois, é se tais normas, que circunscrevem o regime da licitação no direito brasileiro — bem assim as que lhe complementam — são aplicáveis às contratações das empresas públicas.

22. Anteriormente ao advento do Decreto-lei nº 200/67, ao tempo em que tal regime não havia ainda sido estabelecido — vigentes apenas, em relação à matéria, normas do Decreto Legislativo nº 4 536,

de 28 de janeiro de 1922, e do Decreto nº 15 783, de 8 de novembro de 1922 (Código de Contabilidade Pública da União e seu Regulamento), que tratavam da concorrência pública, da concorrência administrativa e da coleta de preços — manifestava-se o Consultor Geral da República, Carlos Medeiros Silva (Parecer, in *RDA*, v. 34, p. 391-4) indiretamente afirmando que não se sujeitavam as alienações procedidas pela Fábrica Nacional de Motores S.A., sociedade de economia mista, às normas do Código de Contabilidade Pública da União e seu Regulamento e expressamente firmando o entendimento de acordo com o qual as sociedades de economia mista estavam "sujeitas às normas legais baixadas para as sociedades de capital, de cunho mercantil", devendo qualquer desvio desta caracterização "resultar de texto expresso em lei".

Posteriormente, na vigência da Lei nº 4 401, de 10 de setembro de 1964 — que estabeleceu normas especiais para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais "no serviço público de administração direta e de administração descentralizada", com exclusão implícita de seu âmbito, conforme afirma Caio Tácito (Concorrência pública — sociedades de economia mista — leis complementares. In: *RDA*, v. 113, p. 350-61) das empresas públicas e sociedades de economia mista — o Consultor Geral da República, Adroaldo Mesquita da Costa, em parecer de 5 de agosto de 1966, opinava no sentido de que as sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado, não estavam sujeitas ao processo de concorrência pública (trata-se do Parecer nº 371-H, citado por Caio Tácito, op. cit. p. 356, e publicado nos *Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 101, p. 73).

Firmava-se desde então, desta sorte, a lição segundo a qual as sociedades de economia mista — e também as empresas públicas — estão sujeitas, na sua ação, às normas jurídicas aplicáveis às sociedades mercantis constituídas no âmbito do setor privado, salvo a vigência de expressa disposição legal em sentido contrário. Neste sentido, parecer de Orlando Carlos Gandolfo (Licitação promovida por sociedade controlada pelo Estado. In: *Revista dos Tribunais*, v. 436, p. 49/52) — aparentemente o primeiro que veio a publicação após a vigência do Decreto-lei nº 200/67 — no qual afirma a conclusão de que as sociedades de economia mista e as empresas públicas não estão sujeitas, em princípio, à licitação pública, visto dela terem sido excluídas pelo art. 125 daquele Decreto-lei nº 200/67.

Tal a lição que consagrou o novo texto normativo e, mesmo anteriormente a sua adoção praticamente unânime pela doutrina, aplicou, por votação unânime, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do agravo de petição nº 206 895, relator o desembargador Bonfim Pontes (in: *RDA*, v. 111, p. 290-94, in *Revista dos Tribunais*, v. 441, p. 130-34); decidiu-se então que a Cia. do Metropolitano de São Paulo — METRÔ, "como sociedade mista, de administração indireta e descentralizada, não está obrigada a fazer licitação, nos termos do Decreto-lei nº 200, de 1967, art. 125" e, mais, que "a obrigatoriedade de licitação só abrange a chamada 'administração direta' e as autarquias, liberando de concorrência as sociedades de economia mista, pertencentes à administração indireta".

23. Com efeito, dispõe o art. 125 do Decreto-lei nº 200/67:

"As licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se *na Administração direta e nas autarquias*, pelas normas consubstanciadas neste título e disposições complementares aprovadas em decreto" (grifo nosso).

Vale dizer: definindo o texto normativo que tais normas aplicam-se às entidades

da administração direta e às autarquias, de tal aplicação excluiu as sociedades de economia mista e as empresas públicas, eis que *inclusio unius, exclusio alterius.*

Da mesma forma, o Decreto nº 73 140, de 9 de novembro de 1973, que regulamenta as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia, em seu art. 1º delimita o âmbito de sua aplicação à "Administração Federal *direta* e *autárquica*" (grifo nosso).

Extremamente expressivas as palavras de Caio Tácito (op. cit. p. 350-61) em trechos vários de um dos primeiros pareceres vindos a publicação, no qual a matéria é posta sob exame:

"Ressalvadas as exceções expressas em lei, as empresas do Estado, constituídas como sociedades comerciais, devem regular-se pelas normas de direito privado que lhes são próprias.

Pretender equipará-las, em seu regime jurídico, aos órgãos da administração direta, ou autárquica, é violar a lei, ignorando a escolha de regime jurídico diverso que visa, precipuamente, a fugir dos embaraços administrativos que se encontram no pretenso paradigma, do qual o legislador deliberadamente se afastou.

A proteção do capital público investido na sociedade estatal justifica, certamente, medidas especiais que a singularizam da sociedade privada. O juiz desse tratamento de exceção é, no entanto, o legislador — e não o intérprete.

Salvo norma especial em contrário, o regime legal das empresas públicas e sociedades de economia mista é o do direito comum, ou seja, do direito societário" (op. cit. p. 353).

"A atividade negocial das empresas públicas e sociedades de economia mista se insere, por princípio, no campo do direito privado. A norma de direito administrativo excepcionalmente poderá contrariar ou sobrepor-se à norma privada geral, em razão de um interesse público qualificado, mas somente quando a lei assim determine" (op. cit. p. 353).

"Fixando o campo de aplicação dessas normas gerais, o art. 125 determina que por elas passam a se regular as licitações 'na administração direta e nas autarquias'.

Tendo-se presente que a mesma lei, em seu título I, havia classificado as categorias de entidades da administração indireta — a saber, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista — resulta, claramente, da interpretação sistemática e a *contrario sensu*, que a norma do art. 125, quando menciona uma dessas categorias (autarquias) exclui as duas outras (empresas públicas e sociedades de economia mista), as quais não ficam alcançadas pelo processo de licitações ali disciplinado" (op. cit. p. 355).

24. No mesmo sentido, relevantes manifestações da doutrina que se seguem, entre as quais as de Hely Lopes Meirelles, de Carlos Medeiros Silva e de Arnoldo Wald.

Hely Lopes Meirelles, inicialmente em *Licitação e contrato administrativo* (cit. p. 88), afirma que a licitação, em princípio, é obrigatória para as entidades públicas (estatais e autárquicas), não o sendo porém para as entidades privadas, isto é, para as sociedades de enonomia mista, empresas públicas, fundações instituídas pelo Poder Público e serviços sociais autônomos. O mesmo ponto de vista é declarado, por outro lado, em parecer de 1975 (Licitação — sociedade de economia mista. In: *RDA*. v. 122, p. 401-6), em que firma o entendimento — aplicável às empresas públicas — segundo o qual podem as sociedades de economia mista adotar sistemas próprios de seleção de seus contratantes, independentemente de atendimento às disposições do Decreto-lei nº 200/67.

Carlos Medeiros Silva (Empresas públicas — Caixa Econômica Federal — seguros — resseguros — Sasse. In: *RDA*.

v. 117, p. 398-403), por outro lado, tratando especificamente da contratação de seguros, firma o entendimento de que empresas públicas e sociedades de economia mista pautam-se pelas mesmas regras estabelecidas para as entidades de direito privado, sem discriminações ou exigências de formalidades especiais, tais como concorrência pública e sorteio.

Arnoldo Wald (Empresa pública — obrigações e contratos — licitação — Rede Ferroviária Federal. In: *RDA*, v. 118, p. 452-9) também, em parecer em que coloca a posição de doutrinadores brasileiros e estrangeiros a respeito da personalidade jurídica de direito privado das empresas públicas, é peremptório ao concluir que estas podem realizar contratações de obras e serviços sem licitação prévia.

25. Mais recentemente, decisão do Tribunal de Contas da União, com voto do relator Luiz Octavio Gallotti (Sociedade de economia mista — licitação. In: *RDA*, v. 126. p. 435-8), atinente a tomada de preços realizada por subsidiária da Telecomunicações Brasileiras S/A. — Telebrás, conceituada como sociedade de economia mista, reconhece a inaplicabilidade a entidades como tais das normas de procedimento do Decreto-lei nº 200/67, relativas a matéria de licitação, até porque o emprego uniforme das normas de licitação, por todas as empresas, é "incompatível com a flexibilidade que se espera da atuação das sociedades e empresas públicas".

Em seu voto de relator, refere Luiz Octavio Gallotti a posição de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*Comentários à reforma administrativa federal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1975, p. 251), para quem as empresas públicas e sociedades de economia mista seriam destinatárias implícitas das normas contidas nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200/67. A posição deste autor, todavia — que a decisão, ao final, recusa — é isolada e, parece-me, contrária ao sentido definido pelo sempre mencionado art. 125 do decreto-lei federal. Menciona também, o voto do relator, a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Prestação de serviços públicos e administração indireta. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 122; veja tb., do mesmo autor: Sociedades mistas e dever de licitar. In: *RDP*, v. 34, p. 5 e seg.) que, expandindo-se em observações a propósito da conveniência moral da adoção, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, de procedimentos de licitação, opta — na expressão de Luiz Octavio Gallotti — por uma solução de equilíbrio, reconhecendo expressamente, no entanto, que os critérios de licitação previstos no Decreto-lei nº 200/67 aplicam-se tão-somente à administração direta e às autarquias.

26. Tenho para mim a indiscutibilidade da não sujeição das empresas públicas ao procedimento de licitação definido pelo Decreto-lei nº 200/67 e legislação complementar, fundando tal conclusão, todavia, especificamente no texto do art. 125 daquele e recusando, para tanto, o recurso à consideração do § 2º do art. 170 da Emenda Constitucional nº 1/69, em que também apóiam suas posições alguns dos autores citados (assim ocorre com Orlando Carlos Gandolfo, Caio Tácito, Hely Lopes Meirelles, Carlos Medeiros Silva e Arnoldo Wald).

Isto porque, ponderadas observações que anteriormente teci a propósito da expressão *atividade econômica* no texto constitucional, parecer-me-ia correta a afirmação de que o citado § 2º do art. 170 determina expressamente que apenas as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem iniciativa econômica reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações — mantendo à margem da previsão consti-

tucional as empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem serviço público.

Retornamos, neste ponto, ao debate a respeito da noção abrangida pela expressão *atividade econômica* que, como vimos, no Decreto-lei nº 200/67 é tomada em sentido amplo e, na Constituição, é consagrada em sentido restrito (isto é, como iniciativa econômica).

Assim, a disposição constitucional presta-se apenas à sustentação da tese de que as sociedades de economia mista e empresas públicas que exercem iniciativa econômica (atividade econômica em sentido estrito) estão dispensadas do procedimento, de direito administrativo, da licitação, nada contribuindo para o esclarecimento da situação em que se colocam as sociedades de economia mista e empresas públicas que exercem serviços públicos, em relação à exigência de adoção do regime de licitação.

Essa, aliás, a opinião de Antonio Carlos Cintra do Amaral, em obra recentíssima (*Licitações nas empresas estatais*. S. Paulo, Mc-Graw-Hill do Brasil, 1979, p. 6/7): "O § 2º do art. 170 da Constituição abrange apenas as que exercem atividade econômica — (leia-se *iniciativa econômica*) —. Essas empresas não têm, a nosso ver, o dever de licitar, se bem que nos pareça conveniente que o façam por uma questão de moralidade administrativa, sempre que licitar não constitua um empecilho de tal ordem que venha a obstar-lhe o desenvolvimento adequado da atividade a seu cargo (o que dificilmente ocorre na prática). *Quanto às demais empresas, estão elas obrigadas a licitar*" (grifo nosso) (nessas "demais empresas" inclui Antônio Carlos Cintra do Amaral [op. cit., p. 6] as que exercem serviço público, poder de polícia e atividade de suporte à Administração Pública).

Trazendo o raciocínio a bases mais concretas, poderíamos dizer que a disposição constitucional em referência em nada prospera para o deslinde do quesito formulado, a respeito da sujeição da Embratur ao regime de licitações do Decreto-lei nº 200/67, eis que se define ela fundamentalmente como empresa pública prestadora de serviços públicos e não de iniciativa econômica.

Por isso sou de opinião que o problema pode e deve ser analisado tão-somente à luz do art. 125 do Decreto-lei nº 200/67 — o que me leva a discordar da posição de Antônio Carlos Cintra do Amaral. Fazendo-o e considerando que a Embratur é entidade da *administração indireta*, posso apenas concluir pela não aplicação, a ela, das normas daquele, relativas a licitações e contratações, que — como explicita a disposição normativa em referência — regem as licitações para compras, obras e serviços "na Administração direta e nas autarquias".

Não sufrago nesta afirmação, todavia, a conclusão de que não devam as empresas públicas adotar procedimentos próprios de seleção de seus contratantes, consagrados em regulamentação baixada a critério de sua diretoria. Apenas enfatizo a circunstância de que tais procedimentos deverão ser compatíveis com a personalidade jurídica, de direito privado, da empresa. Adotando regulamento próprio de licitações e contratações, fundado no princípio da igualdade de oportunidade para todos os que desejem com ela contratar — mesmo discrepante, pois, das normas contidas nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200/67 — estará a Embratur a atuar em plena conformidade com o ordenamento jurídico vigente, sendo ademais, nesta hipótese, inteiramente compatível o seu proceder com a determinação constante do art. 4º, III da Lei nº 4 717, de 29 de junho de 1965 (anterior, note-se, ao Decreto-lei nº 200/67). Esta — a lei que regula a ação popular — define serem nu-

las a empreitada, a tarefa e a concessão de serviço público, contratadas por entidades privadas sob controle do Poder Público, quando sem concorrência, ou com edital irregular ou com limitação discriminatória para os concorrentes. Substituída, no caso, a expressão — da Lei nº 4 717/65 — *concorrência* por *licitação,* e evidentemente entendido que a Embratur, em seu regulamento próprio, pode e deve estabelecer hipóteses de dispensa dela, cumpre tão-somente enfatizar a imperiosa conveniência de estruturar-se tal regulamento de sorte tal que seja ele inteiramente compatível com a flexibilidade que se espera da atuação das empresas públicas.

IV — A EMBRATUR E AS NORMAS DA LEI Nº 4 320/64, RELATIVAS A REGISTROS CONTÁBEIS E AO PROCESSAMENTO DA DESPESA PÚBLICA

27. O segundo quesito formulado contém indagação a propósito da aplicação, à Embratur, das normas da Lei nº 4 320/64, relativas a registros contábeis e ao processamento da despesa pública — inclusive no que tange à obrigação de efetivação de empenhos prévios.

A matéria — ao contrário daquela referida à aplicação das normas referidas do Decreto-lei nº 200/67, concernentes a licitações, às empresas públicas — não tem recebido tratamento da doutrina e da jurisprudência.

28. A Lei nº 4 320, de 17 de março de 1964 — na forma do que dispõe o seu art. 1º — estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, de acordo com o disposto no art. 5º, inciso XV, letra *b* da Constituição Federal (disposição, da Constituição de 1946, correspondente à do art. 8º inciso XVII, letra *c* da Emenda Constitucional nº 1/69).

Referentemente ao objeto da questão proposta, o título VI da lei trata, no capítulo I, da programação da despesa (arts. 47 e 50) e, no capítulo III, do processamento da despesa (arts. 58 a 70). No título IX a lei trata, em quatro capítulos, da contabilidade.

Importa considerar, porém, para os efeitos de deslinde da indagação sob consulta, as normas contidas no título X, arts. 107 a 110, que respeitam às autarquias e outras entidades. Entre tais entidades incluem-se, por expressa indicação do parágrafo único do art. 107, "as empresas com autonomia financeira e administrativa cujo capital pertencer, integralmente, ao Poder Público". Nesta inclusão, pois, estão contempladas as empresas públicas.

29. José Cretella Júnior (*Empresa pública.* cit. p. 235), tratando do regime contábil das empresas públicas, com apoio em Vedel, em Rivero e em Debbasch, entende que estas se subtraem totalmente à aplicação das regras da contabilidade pública. E, mais, que "ao invés do *orçamento,* entretanto, as *empresas públicas* apresentam, no direito francês, *estado de previsão;* os resultados da gestão são registrados no balanço anual: os processos de financiamento seguem as técnicas do crédito comercial".

M. T. de Carvalho Britto Davis (*Tratado das sociedades de economia mista.* Rio de Janeiro, José Konfino Ed., 1969, v. II, p. 640 e seg.) — embora, estranhamente, em livro publicado em 1969 não faça referência à Lei nº 4 320/64, mas sim ao Código de Contabilidade Pública da União — sustenta o entendimento de que nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista a matéria contábil está inteiramente regulada pelo direito comercial, não as alcançando as disposições do Código de Contabilidade Pú-

blica e seu Regulamento; não obstante, no mesmo texto, admite para as empresas estatais a "imposição de regras de direito financeiro e a fixação de planos e contas e balanços padronizados, contanto que esta padronização seja compatível com o ramo de atividade" (op. cit. p. 645).

Aparentemente, porém, nenhum dos dois autores considerou, diretamente, na construção de suas conclusões, os textos dos arts. 107 a 110 da Lei nº 4 320/64.

Cumpre desde logo observar, neste passo, que, no mínimo em relação às empresas públicas prestadoras de serviço público, em nada prospera o § 2º do art. 170 da Emenda Constitucional nº 1/69 para excluí-las à incidência das mencionadas normas da Lei nº 4 320/64 — se entendido que, no texto constitucional, como já observei, a expressão *atividade econômica* foi adotada em sentido estrito.

30. A solução da questão, assim, parece-me deva ser encaminhada a partir da análise do texto do título X da Lei nº 4 320/64 e de disposições que lhe seguiriam, inscritas no Decreto-lei nº 200/67.

Inicialmente observe-se, pois, que os arts. 107 a 110 da primeira definem normas sobre o modo de aprovação dos orçamentos, das autarquias e das entidades indicadas no art. 107 e seu parágrafo único, e de sua vinculação global aos orçamentos públicos, nada dispondo, diretamente, a propósito da aplicação das normas concernentes à programação da despesa e de seu processamento a elas. Neste sentido, aliás, o ensinamento de Caio Tácito (op. cit. p. 355). O art. 110, porém, determina que "os orçamentos e balanços das entidades já referidas obedecerão aos padrões e normas instituídas por esta lei, *ajustados às respectivas peculiaridades*" (grifo nosso).

Tais peculiaridades — anote-se — à época do termo inicial de vigência da Lei nº 4 320/64, não eram de ordem tal a justificar a mais completa exclusão das "empresas com autonomia financeira e administrativa cujo capital pertencer, integralmente, ao Poder Público" à aplicação das normas em referência. O texto legal não refere tais entidades como empresas públicas; sua personalidade jurídica, à época, era tão discutível que, como vimos, a própria Embratur foi definida pelo § 1º do art. 11 do Decreto-lei nº 55/66 como dotada de personalidade jurídica de direito público.

Por isso a interpretação sistemática, à época, tão-só do texto de lei em referência, poderia levar o exegeta à conclusão — apesar de nada disporem expressamente os arts. 107 a 110 a esse respeito — de que a tais empresas se aplicavam as normas atinentes à programação da despesa e de seu processamento.

Com o advento, no entanto, do Decreto-lei nº 200/67, altera-se substancialmente o sentido normativo consagrado na Lei nº 4 320/64 e, especialmente, na menção, do seu art. 110, às *peculiaridades* das entidades em referência.

É que, tendo o Decreto-lei nº 200/67 definido as empresas públicas — como vimos — como titulares de personalidade jurídica do direito privado, sujeita-as a regime jurídico de direito privado, ao qual obviamente não se amoldam as disposições contidas nos arts. 47 a 50 e 58 e 70 da Lei nº 4 320/64 — que, assim, ficam abrogadas no que tange àquelas empresas.

Como já anteriormente se observou, o regime legal das empresas públicas, que é o do direito societário, apenas será excepcionado mediante norma especial em sentido contrário. Não se alegue, neste passo, que as disposições da Lei nº 4 320/64 consubstanciam precisamente normas especiais, naquele sentido, eis que anteriores ao Decreto-lei nº 200/67 e — isso também já foi demonstrado — referidas a um tipo de entidade cuja personalidade jurídica não estava então definida, não

coincidente com o instituto da empresa pública.

Tenho como exato, assim, que — ainda que o citado art. 110 vinculasse as empresas de que trata o parágrafo único do art. 107 da Lei nº 4 320/64 às normas dos seus arts. 47 a 50 e 58 a 70 — tal disposição foi parcialmente ab-rogada no advento do Decreto-lei nº 200/67. Em abono desta tese, aliás, note-se que as normas de administração financeira e de contabilidade definidas por este último, em seus arts. 68 a 92, têm aplicação aos órgãos da *administração direta,* na forma do que define o art. 69 do próprio Decreto-lei nº 200/67.

De resto, a entender-se que tal ab-rogação não teria ocorrido, estariam inteiramente frustrados os objetivos de alcance de dinamismo e flexibilidade administrativa que nortearam a atribuição de personalidade jurídica de direito privado — e do regime que lhe corresponde — às empresas públicas.

31. Entendo como indiscutível, assim, não estejam as empresas públicas — e também, portanto, a Embratur — no que tange a registros contábeis e ao processamento da sua despesa, sujeitas às normas dos mencionados arts. 47 a 50 e 58 a 70 da Lei nº 4 320/64, não obstante sujeitem-se a regimes de controle expressamente definidos em outras normas legais.

V — CONCLUSÕES

32. Em face de todo o exposto, devem os quesitos formulados ser da seguinte forma respondidos:

— não se aplicam à Embratur as normas do Decreto-lei nº 200/67, relativas a licitações e contratações;

— não se aplicam à Embratur as normas da Lei nº 4 320/64, relativas a registros contábeis e ao processamento da despesa pública — inclusive no que tange à obrigação da efetivação de empenhos prévios.

É o que me parece.

São Paulo, 20 de setembro de 1979. *Eros Roberto Grau,* Professor Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.