REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS

CAIO TÁCITO

1 — Conceito de empresa do Estado. 2 — A evolução da empresa pública no Direito brasileiro. 3 — As subsidiárias de sociedades de economia mista. 4 — As empresas públicas e as sociedades de economia mista na Constituição de 1988. 5 — A política de privatização.

1. *Conceito de Empresa do Estado*

A empresa constituída pelo Estado visando a fins econômicos tem antecedentes históricos que remontam às companhias holandesas e portuguesas que, nos séculos XV e XVI, corporificavam investimentos da Coroa, destinados a alcançar, em complemento à conquista de mares e terras desconhecidas, novas fontes de suprimento para os mercados europeus mediante intercâmbio e importação de mercadorias.

Igualmente, na época, as tapeçarias francesas, assim como os empreendimentos ultramarinos de busca de máterias-primas, eram fontes de captação de receita para o erário real (Aliomar Baleeiro, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, 13ª ed., revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli, Forense, 1981, p. 130, no nosso *Direito Administrativo*, editora Saraiva, 1975, p. 171).

É, todavia, em período recente que se desenvolvem os serviços industriais e comerciais do Estado, como procedimento de intervenção no domínio econômico, tradicionalmente reservado à iniciativa privada.

O Estado, a par de sua típica atividade pública, ingressa nas categorias de produção e de comércio como um prestador de bens e serviços na execução de uma política de atendimento a interesses relevantes da coletividade.

O Direito Administrativo toma de empréstimo ao direito comercial o modelo das sociedades privadas, predominantemente o da sociedade por ações, como processo de organização flexível, liberto de entraves burocráticos.

Ao mesmo tempo em que evoca a atividade econômica, o Estado adota a personalidade de direito privado para os entes econômicos que institui.

A finalidade pública da atividade estatal se concilia, em termos operacionais, com os modelos empresariais privados.

Na síntese expressiva de Massimo Severo Giannini, constata-se que *"el derecho*

privado, expulsado por la puerta, volvia a entrar por la ventana" (*Actividades economicas publicas y formas juridicas privadas — La empresa publica, coletanea de estudos del Real Colegio de España,* tomo I, 1970, p. 103).

A opção legal pela personalidade de direito privado de entes econômicos estatais é um recurso técnico de repúdio aos sistemas tradicionais da administração pública, de forma a propiciar-lhes agilidade funcional, elidindo o formalismo da administração pública direta.

Nas empresas estatais (como tal entendidas as empresas públicas e as sociedades de economia mista) a forma é privada, mas o substrato é público.

A personalidade de direito privado e a liberdade de gestão atuam como efeito centrípeto, distanciando-as do controle centralizado. Contudo, a finalidade pública a que se destinam, sob supervisão ministerial, gera efeito centrífugo que as colocam no âmbito da administração direta.

Na definição de Hely Lopes Meirelles, são entidades paraestatais, dispostas "paralelamente ao Estado, ao lado do Estado" (*Estudos e Pareceres de Direito Público,* vol. III, p. 13).

Como dissemos em outra oportunidade, "são entes satélites da administração direta, a cuja supervisão se subordinam e a cujas diretrizes devem acatamento" (parecer em 22 de dezembro de 1987, *Revista de Direito Administrativo,* vol. 170, p. 225).

Nas empresas estatais, a *affectio societatis,* peculiar à sociedade privada (comunhão de vontades individuais dirigida a um precípuo fim lucrativo) cede passo a um objetivo de utilidade pública, embora de teor econômico. A sociedade privada, nada obstante a função social da empresa, é voltada para o acionista. A empresa pública — e particularmente a sociedade de economia mista — devendo também considerar os interesses dos acionistas, é voltada para o usuário, ou seja, para a comunidade.

Na descrição de Hanson, "a empresa pública não é um negócio comum no qual o Estado mantém o capital; é uma agência de desenvolvimento econômico" (A. H. Hanson, *Public enterprise and economic development Londres,* 1960, p. 441).

Definindo o modelo britânico de empresa pública, Robson aponta como sua característica essencial a de "divorciar a administração das empresas de caráter econômico, industriais ou de utilidade pública, das atividades ordinárias de Governo; a separar a economia dessas empresas do orçamento nacional; a eliminar o incentivo do lucro substituindo-o pelo do serviço público".

Daí a conclusão de que "a *Public Corporation* é a mais importante inovação constitucional que se produziu na Grã-Bretanha nos últimos cinqüenta anos e está destinada a ter um papel tão relevante para a empresa pública no século XX como a que teve no século XIX a sociedade anônima para a empresa privada" (William A. Robson, "*La Public Corporation en Grã-Bretanha*", *Revista de Administração Pública,* Madrid, nº 22, janeiro-abril 1957, p. 124 e 128).

Em razão de sua singularidade, a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista não é um ato livre do administrador público. Representa uma escolha política que, por sua qualidade, incumbe ao legislador (princípio da reserva legal).

Nos Estados capitalistas, a atividade econômica é por excelência conferida ao capital privado, ainda que a lei possa determinar os parâmetros da livre iniciativa.

A intervenção estatal na economia é, por definição, um procedimento excepcional, inspirado em fins de interesse coletivo e integrado no planejamento da economia nacional (Constituição, art. 173).

No sistema de sociedade aberta e de economia de mercado — que é nosso modelo constitucional — a atividade econômica pública é complementar da iniciativa privada, dominada pelo princípio da subsidiariedade e ocupando os espaços vazios dos quais se ausenta a iniciativa privada ou quando esta fracassa.

Na retração ou na inaptidão do capital privado é que deve avançar o investimento estatal que a Constituição considera suplementar e, portanto, secundário em relação ao capital privado (Constituição de 1988, art. 173; Constituição de 1967/1969, art. 170).

Por último, a iniciativa econômica estatal é dirigida pelo princípio da especialidade, que limita a legitimidade de sua atuação a determinada finalidade específica que a lei a ela defere (ver, a respeito, nossos estudos sobre o tema, *in Revista de Direito Público*, vol. 62, p. 220/222; *Revista de Direito Administrativo*, vol. 151, janeiro-março 1983, p. 23).

2. *A Evolução da Empresa Pública no Direito Brasileiro*

O nascimento de empresas públicas no Brasil é episódio moderno que acompanha o crescimento da intervenção do Estado no domínio econômico, peculiar ao direito público da segunda metade do século.

Se, em termos históricos, se possa invocar a formação do Banco do Brasil mediante associação de capitais públicos e particulares (Alvará de 12 de outubro de 1808 que criou o primeiro Banco do Brasil com capitais privados aos quais se veio a associar a Coroa em 1812), a empresa pública, com os contornos atuais, ingressa na vida econômica nacional com o Instituto de Resseguros do Brasil, em 1939; a Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941; a Companhia do Vale do Rio Doce e o Banco de Crédito de Borracha, em 1942. A esses se seguiram a Companhia Nacional de Álcalis, em 1943; a Companhia Hidrelétrica do São Francisco, em 1945; a Fábrica Nacional de Motores, em 1946 e, em termos de monopólio estatal, a Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRÁS (1953) e a ELETROBRÁS — Centrais Elétricas Brasileira (1961), como empresa *holding* do sistema federal de eletricidade (ver meu estudo sobre "Direito Administrativo e Direito Privado nas empresas estatais", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 151, p. 23).

Erimá Carneiro, em ensaio pioneiro na literatura jurídica nacional (As autarquias e as sociedades de economia mista no Estado Nacional — 2ª edição — 1944), adverte que "as sociedades de economia mista, no direito brasileiro, são de todo em todo imprecisas. Pode-se dizer que sua concepção jurídica ainda não foi estudada e o ficará por ser durante muito (ob. cit., p. 115).

Themistocles Cavalcanti, em seu *Tratado de Direito Administrativo*, dedicou título próprio às sociedades de economia mista, de conteúdo descritivo (vol. IV, p. 334/363).

A doutrina e a jurisprudência se fixaram, porém, em que a característica das sociedades de economia mista se concentrava em sua criação por lei (ver, a respeito, o estudo de Mauro Rodrigues Penteado, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 150, p. 133 e segs.). A ausência de lei autorizativa fundamentou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à competência para o controle judicial de em-

presas com participação societária da União (ver, entre outros, acordãos in *RDA*, nº 143, p. 118 e nº 145, p. 170).

A análise da personalidade das sociedades de economia mista e o regime jurídico de sua atividade assumiram, por muito tempo, caráter polêmico, na alternativa entre sua disciplina pelo direito privado e a regulação em norma institucional de direito público.

Sobre a progressiva expansão do sistema de empresas públicas no Brasil e os meios de controle de sua atividade merece consulta a tese de Pedro Paulo de Almeida Dutra (*Controle de Empresas Estatais — Uma Proposta de Mudança*, Editora Saraiva, 1991, p. 30/35).

Coube à Lei de Reforma Administrativa (Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, reformado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969) emitir o conceito legal de empresa pública e de sociedade de economia mista.

Na redação original, foram adotadas as seguintes definições:

Empresa pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de sua entidade da Administração Indireta, criada por lei *para desempenhar atividades de natureza empresarial* que o Governo seja levado a exercer por motivo de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

Sociedade de economia mista — a entidade dotada de personalidade de direito privado, criada por lei *para o exercício de atividade de natureza mercantil* sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade de Administração Indireta.

O Decreto-lei nº 900/69 atribuiu nova redação aos preceitos em causa, substituindo, nos dois incisos, os trechos sublinhados pelas expressões "para a exploração de atividade econômica".

Buscou-se, em suma, destacar a substância, e não a forma, da atividade a ser exercida pelo Estado.

A norma destaca, especialmente, dois elementos essenciais:

a) a criação da empresa mediante lei específica;

b) a adoção de personalidade de direito privado para o agente público econômico.

A simples participação societária estatal sem a prévia criação em lei não identifica a sociedade comercial como empresa pública ou sociedade de economia mista (ver, a respeito, o estudo de Moacir Lopo da Costa sobre a Companhia Paulista de Estradas de Ferro, *Revista de Direito Público*, vol., julho-setembro 1968, p. 135 e segs.; Sérgio de Andrea Ferreira, "Empresa estatal; conceito e regime jurídico", *Revista de Direito Público*, vol. 67, julho-setembro 1983, p. 269 e segs., com destaque para a tipicidade da aquisição de ações da Light pela ELETROBRÁS, p. 277; sobre o assunto, nosso parecer relativo à alienação do controle acionário da Light, in *Revista da Comissão de Valores Mobiliários*, vol. 6, nº 21, julho-setembro 1958, p. 52/56).

Por último, outro requisito essencial se adiciona na qualificação legal, a saber, que o Estado exerça o controle acionário da sociedade por deter a totalidade do capital, no caso de empresa pública, ou a maioria do capital votante, quando se tratar de sociedade de economia mista.

A Lei de Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) reafir-

ma o princípio de reserva legal na constituição de companhia de economia mista, a qual "depende de prévia autorização legislativa" (art. 236) e igual requisito é exigido nas subsidiárias (art. 237, § 1º), que não ficam, no entanto, sujeitas às mesmas formalidades aplicáveis à constituição da empresa matriz (art. 235, § 2º).

De outra parte, a lei de anônimas identifica o controle societário em função da titularidade de "direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores" (art. 243, § 2º).

A simples participação no capital social não basta para a definição como empresa estatal secundária, se dela não decorrer o controle que prolonga o poder de mando da sociedade investidora.

É o controle direto ou indireto pela pessoa de direito público que estende a obrigatoriedade do procedimento licitatório a entes descentralizados (art. 1º, parágrafo único, e art. 119 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, antecedido pelo art. 86 do Decreto-lei nº 2.300, de 1986).

Distingue-se, na lei das sociedades por ações, a natureza jurídica de empresas coligadas, nas quais a participação no capital não confere ao acionista o domínio e direção dos negócios sociais (art. 243, § 1º).

A elas, portanto, não se aplicará o controle administrativo que tem como pressuposto a presença dominante do Estado intervencionista.

É à luz desse requisito que incide o princípio de obrigatoriedade de concurso público na admissão de pessoal adequado à natureza específica do ente da administração indireta, fixado em atenção ao vínculo de controle inerente à descentralização administrativa.

Inexistindo o controle do acionista público sobre a sociedade, a participação acionária não lhe desvirtua a tipicidade como empresa privada (Tribunal de Contas da União, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 167/294; Parecer nº P-010, vol. 92, p. 121 e segs.).

3. *As Subsidiárias de Sociedades de Economia Mista*

A conceituação das subsidiárias como sociedades de economia mista de segundo grau variou, na doutrina e na jurisprudência nacionais, segundo três linhas sucessivas de entendimento.

De início, a participação de sociedades de economia mista em outras empresas, entendida como opção de conveniência, não classificava as subsidiárias na administração pública indireta. Mantinham-se, plenamente, como empresas privadas.

Em novo estágio, assumiam aquela categoria os casos em que a criação da nova empresa ou a subscrição majoritária do capital eram precedidas de autorização nas leis institucionais da empresa matriz. A autorização legal não era necessariamente específica, sendo suficiente a previsão genérica de descentralização ou desmembramento da sociedade original.

Na ausência de autorização, genérica ou específica, as sociedades de segundo grau se enquadravam no regime comum das sociedades privadas.

A análise das várias posições assumidas na matéria está exposta em valiosos es-

tudos de Walter Douglas Strauber ("Natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 150, p. 18 e segs.) e de Mauro Rodrigues Penteado ("A sociedade de economia e as empresas estatais perante a Constituição de 1988", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 177, p. 133 e segs.).

A Constituição de 1988 trouxe significativa inovação, não somente acolhendo as subsidiárias como parte do sistema, mas, especialmente, subordinando sua criação à autorização legislativa em cada caso (art. 37, nº XX).

Perdura a validade de criação antecedente, fundada em autorização genérica. Ficam, porém, revogados os preceitos que assim regulavam a matéria, a partir do advento do novo requisito constitucional.

A especificidade de autorização legislativa para a participação de capital público em empresa privada não importa, necessariamente, na indicação expressa de empresa na qual deva ser feito o investimento.

A expressão constitucional "em cada caso" poderá ser entendida como indicativa apenas de área ou atividade específica a ser contemplada.

Vigente a Constituição de 1988, o Congresso Nacional adotou esse entendimento em dois casos concretos.

A Lei nº 8.395, de 2 de janeiro de 1992, autorizou a PETROQUISA, subsidiária da PETROBRÁS, a participar de "Tomadas de Capitais Privados no Eixo Químico do Nordeste."

E a Lei nº 8.403, de 8 de janeiro de 1992, autorizou a PETROBRÁS e sua subsidiária PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A. a participar "do capital de sociedades que tenham por objeto a distribuição de gás combustível, existentes ou que venham a constituir-se".

Em ambos os casos, reputou-se satisfeita a exigência constitucional com a escolha de natureza de atividade em que deveria ocorrer a inversão do capital público.

Aditou-se, mais, no texto de ambas as leis, que, em atendimento ao princípio de finalidade, a participação deveria corresponder ao "exercício das atividades estatutárias" da empresa estatal investidora.

A outorga de autorização legislativa específica, no tocante às subsidiárias, é ato de competência privativa do Congresso Nacional. Não se confunde com a exigência de lei especial autorizativa da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, em que, como é próprio do processo legislativo, comunga a ação dos dois Poderes.

As subsidiárias, autorizadas por via legislativa, são entes satélites da empresa pública ou sociedade de economia, a que se vinculam.

Em sua atividade, exercem função empresarial, regida pelo direito privado, embora visando, na gestão de seus negócios, à perseguição dos objetivos sociais que, por derivação, lhe são atribuídos.

Nessa qualidade, manterá relações com terceiros, sob regime de direito privado, as quais podem se manifestar de variada forma. Ora como prestação de serviços, ora em associações ou empreendimentos comuns (*joint ventures*), ou, ainda, sob a forma de participação em outras empresas.

A participação em empresas com sede no exterior obedece às formalidades do direito local, em razão do princípio da territorialidade.

Contudo, é mister que tais participações correspondam à finalidade própria do

acionista nacional, ou seja, ao objeto da empresa matriz, como agente do processo de intervenção na ordem econômica.

Assinala Salvadore D'Albergo a especificidade de escopo que distingue a empresa estatal da típica empresa privada. Observa, porém, que, embora a primeira se vincule ao fim específico da atividade econômica do Estado, a natureza peculiar da empresa pública não tem como efeito "*transformare in pubblicisti i rapporti dell'impresa publica con i terzi... ma quella di subordinare la realizzazione di resultati propri del'attivitá economica, alle finalitá su cui si fonda l'esistenza stessa dell'ente imprenditore, e quindi dell'impresa da esso gestita*" (*Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, p. 380).

Em suma, a associação no exterior prescinde de autorização legislativa. Fica, porém, sujeita a exame em nível de supervisão ministerial e de controle de economicidade pelo Tribunal de Contas da União.

Não é lícito de outra parte às empresas do Estado a prática de aplicações financeiras que não forem condizentes com os fins definidos na lei de sua criação.

Exemplo dessa diretriz está contida na lei que vedou às entidades de administração federal indireta a prática de aplicações em *open market* (Decreto-lei nº 1.290, de 3 de dezembro de 1973).

4. *As Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista na Constituição de 1988*

Na esteira das referidas normas legais, a Constituição de 1988 atraiu para o altiplano normativo o princípio de legalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como de suas subsidiárias.

Assim dispõem os itens XIX e XX do art. 37:

XIX — somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública;

XX — depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

O teor ambíguo da parte final do item XX tem suscitado dúvidas quanto ao alcance das expressões "participação de qualquer delas".

Estarão abrangidas na exigência de prévia autorização legislativa também os investimentos que venham a ser feitos pelas subsidiárias, ou apenas as que se originarem das "entidades mencionadas no inciso anterior"?

A nosso ver, o preceito adquire meridiana clareza se a remissão for substituída pela referência nominal das entidades de cogitação.

Em assim sendo, o inciso passará a ter a seguinte redação:

XX — depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

A toda evidência, a participação aludida não haverá de se referir às subsidiárias, mas às próprias entidades de que elas provêm. Interpretação oposta conduziria ao paradoxo de apenas condicionar à autorização legislativa os investimentos em subsidiárias, dispensando-a para as participações nas empresas matrizes.

Os investimentos de subsidiárias em outras empresas, no país ou no exterior, são atos ordinários de administração, que prescindem de abono legislativo. Tão-somente estarão alcançados pelo controle administrativo ou contábil que a supervisão ministerial ou o exame de contas possa propiciar.

5. *A Política de Privatização*

A intervenção do Estado no domínio econômico é, como assinalado, medida excepcional. Pressupõe imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, a ser definido em lei (Constituição, art. 173).

Determinando-a, o Legislativo emite um juízo político, que lhe é peculiar, ao qual se sucederá a ação executiva tornando efetiva a criação autorizada.

De igual conteúdo político será a lei que, invertendo o processo intervencionista, venha a autorizar a privatização, no todo ou em parte, de empresa pública, sociedade de economia mista, ou de suas subsidiárias.

Em uma e outra hipótese, o julgamento político, afeto ao Congresso Nacional, se esgota no exercício da competência autorizativa.

Definida em lei a política de privatização e os critérios básicos do procedimento, incumbe ao poder regulamentar e, por via de conseqüência, aos órgãos competentes da administração pública direta a execução do processo de retorno da entidade a ser privatizada ao regime de economia de mercado.

A participação de empresa estatal, ou de suas controladas, em leilões de privatização prescinde de autorização do Congresso Nacional, no tocante ao procedimento de desestatização de economia.

Autorizada, em lei, a específica privatização de determinada empresa paraestatal, transfere-se à órbita do Poder Executivo o cumprimento da deliberação política do Legislativo.

Incumbe ao órgão administrativo definido na lei ou em ato regulamentar, qualificar a eventual participação de entes da administração pública indireta, no processo de privatização, levando-se em conta sua natureza e finalidade.