

Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista Exploradoras de Atividade Econômica — Princípio da Publicidade

MÁRCIA FERREIRA CUNHA FARIAS
Procuradora do Ministério Público junto ao
Tribunal de Contas do Distrito Federal

The legitimate object of government is to do for the community of people whatever they need to have done, but cannot do so well for themselves, in their separate and individual capacities.

ABRAHAM LINCOLN

SUMÁRIO

I. Empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica — personalidade jurídica de direito privado. II. Contratos da Administração. III. Princípios de direito público. O princípio da publicidade e a obrigatoriedade de publicação de contratos. IV. Conclusão. V. Bibliografia.

I

Integram a Administração Pública indireta as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo Poder Público (Decreto-Lei n.º 200, de 25-2-1967, art. 5.º, alterado pela Lei n.º 7.596, de 10-4-1987). Todas essas entidades submetem-se ao controle externo realizado pelo Tribunal de Contas que as tem sob sua jurisdição (arts. 70 e 71 c/c art. 75 da Constituição).

Divergem, entretanto, no que diz respeito à personalidade jurídica, pois as autarquias têm personalidade jurídica de direito público, enquanto que as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado. Neste despretencioso estudo cingir-nos-emos a comentar alguns aspectos constitucionais das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Com efeito, reza o § 1.º do art. 173 da Carta de 1988 que “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

Para melhor apreciação do dispositivo constitucional é preciso compreender, de primeiro e em sua essência, o *caput* desse art. 173:

“Art. 173 — Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” (grifamos.)

Atividade econômica, historicamente, é atividade da iniciativa privada. Contudo, as necessidades dos governados, a complexidade da vida moderna e a própria sucessão histórica impuseram uma crescente intervenção do Estado no domínio econômico, surgindo o denominado *Welfare State*, que teve como um de seus maiores defensores o Presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt. Deixava-se de lado o Estado liberal puro, do *laissez-faire*, *laissez-passer*, que, após a Primeira Grande Guerra, falhara em satisfazer as necessidades coletivas, necessidades estas que, em última análise, são a própria gênese do Estado.

Eis que, então, o Estado passou, cada vez mais, a interferir em atividades tipicamente da iniciativa privada.

Nesse contexto é que surgiram as sociedades de economia mista, sendo a *Compagnie Nationale du Rhône*, em França, uma das primeiras a serem criadas (ANDRÉ DE LAUBADERE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1971, p. 626).

Em Nações de regime capitalista, contudo, ainda hoje é exceção a exploração estatal direta de atividade econômica, e é por isso que a Constituição de 1988 traz em seu bojo esse artigo 173, cujo texto não é inovação no direito constitucional brasileiro.

Dessa explanação se extrai que o Estado, ao explorar diretamente atividade econômica — e o faz por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista — não deixa, por isso, de ser Estado. Não se transforma, é evidente, em empresa privada com o fim de evitar, assim, um desfavorecimento brutal em relação ao particular (competição desleal).

Passa a Administração, então, a sujeitar-se às obrigações às quais se submetem as empresas privadas, obrigações de natureza civil, tributária, trabalhista etc. Mas, como não deixa de ser Estado, não se subtrai de certas imposições de normas de direito público ou de observância a determinados princípios de direito público.

A empresa pública e a sociedade de economia mista, de conseguinte, ostentam personalidade jurídica de direito privado e regem-se por regime jurídico de direito privado mas não se consideram empresas privadas. São entidades integrantes da Administração Indireta.

Nestes termos é que deve ser entendido o § 1.º do artigo 173 da Constituição da República: submeter-se a regime jurídico de direito privado não significa ser empresa privada.

Dessa assertiva surge a seguinte indagação: se tais entidades submetem-se a regime jurídico de direito privado, mas integram a Administração, como devem contratar as empresas públicas e as sociedades de economia mista?

Em princípio, devem contratar de acordo com normas de direito privado, mas sempre em observância a regras e princípios de direito público.

II

A Administração, segundo a doutrina mais aceita no direito pátrio, pode figurar em duas modalidades de contratos: os de direito privado e os administrativos propriamente ditos. Ambos são contratos da Administração, gênero do qual constituem espécies.

Certo é, contudo, que mesmo os contratos celebrados sob regime jurídico de direito privado — ou seja, todos aqueles que não se classificam como contratos administrativos — devem obediência a certas regras gerais, certos princípios norteadores de direito público.

17. Por oportuno, transcrevemos, aqui, trecho da excelente obra de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Doutora em Direito e Livre-Docente em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

“O que é importante salientar é que, quando a Administração emprega modelos privatísticos, nunca é integral sua submissão ao direito privado; às vezes, ela se nivela ao particular, no sentido de que não exerce sobre ele qualquer prerrogativa de poder público; mas (...) sempre se submete a restrições concernentes à competência, finalidade, motivo, forma, procedimento, publicidade (...). Por outras palavras, a norma de direito público sempre impõe desvios de direito comum, para permitir à Administração Pública, quando dele se utilizar, alcançar os fins que o ordenamento jurídico lhe atribui e, ao mesmo tempo, preservar os direitos dos Administrados, criando limitações à atuação do poder público.” (*Direito Administrativo*, Ed. Atlas S.A., São Paulo, 1990, p. 56 — grifo do original.)

Com efeito, quando explora atividade econômica, a Administração, por força constitucional, adota regime jurídico de direito privado; não quer isto dizer, contudo, que, aí, seus poderes e sua atuação sejam ilimi-

tados, porque, ainda assim, a Administração está, de um ou de outro modo, agindo em favor dos administrados, e não em seu próprio proveito. Negar essa assertiva seria negar a própria razão de ser da Administração Pública, que é, antes de tudo, promover o bem comum.

Verifica-se, pois, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista realizam atividades de utilidade pública, úteis à coletividade, quando a Administração Direta considera sua atuação inoportuna. É certo, então, que não se criem entraves à plena atividade dessas entidades, que podem ter finalidade mercantil, conferindo-lhes agilidade por meio de normas de direito privado.

Ainda assim, essas entidades não deixam de integrar a Administração Indireta e são limitadas, em alguns aspectos, pela lei (criação, responsabilidade penal de seu pessoal, dever de prestar contas, vedação de acumulação de cargos ou empregos, subordinação à lei orçamentária etc.).

Como bem coloca o saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES, “o paraestatal não é o estatal, nem é o particular; é o meio termo entre o público e o privado. Justapõe-se ao Estado sem o integrar como o autárquico, ou alheiar-se como o particular. Tem personalidade privada, mas realiza atividades de interesse público, e, por isso, os atos de seus dirigentes, revestindo certa autoridade e gerindo patrimônio público, expõem-se a determinados controles administrativos e sujeitam-se a mandado de segurança e ação popular” (“A Licitação nas Entidades Paraestatais”, *RDA* n.º 132, p. 33).

Os contratos celebrados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista regem-se pelo direito privado, mas não implica isto dizer que não se submetem àquele mínimo de regras e princípios que se põem para qualquer contrato celebrado pela Administração — inclusive pela Administração Indireta — ainda que sob regime de direito privado.

TOSHIO MUKAI, em sua obra *Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos* (Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, pp. 80 e 81), não deixa dúvidas a respeito dessa obediência a regras e princípios de direito público:

“Verifique-se que, mesmo naqueles contratos ditos privados da administração, comumente incidem normas de direito financeiro e administrativo de caráter *procedimental*, recaindo, sobre elas, então, os princípios próprios de direito público e não os de direito privado (...). Ocorre também que o inciso XXVII do art. 22 da Constituição de 1988, pela primeira vez, mandou que *todas as entidades públicas paraestatais observassem, também, as normas gerais sobre contratos.*” (Grifos nossos e do original.)

Desta forma, devem as empresas públicas e sociedades de economia mista agir em respeito aos princípios da legalidade, legitimidade, economicidade (artigo 70 da Carta), impessoalidade, moralidade e publicidade (artigo 37).

III

Em Direito Administrativo, cujo caráter é eminentemente pretorial, têm os princípios peso de grande relevância.

O princípio da publicidade é aplicável a toda a Administração, inclusive a indireta e fundacional (artigo 37 da Carta Magna).

“A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. Especialmente exige-se que se publiquem atos que devem surtir efeitos externos, fora dos órgãos da Administração (...) A publicidade se faz pela inserção do ato no jornal oficial ou por edital afixado no lugar de divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e início de produção de seus efeitos. A publicação oficial é exigência da executoriedade do ato que tenha que produzir efeitos externos.” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 6.^a ed., 1990, p. 564 — grifos nossos e do original.)

É preciso ressaltar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista são criadas para o povo e, ao menos em parte, com dinheiro do povo. Nada mais correto, então, do que a população ter ciência das atividades que estão sendo realizadas pelas entidades, e o procedimento próprio de fazê-lo é mediante publicação no órgão oficial. Com efeito, não houvesse um *relevante interesse coletivo*, ou necessidade de segurança nacional, as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica sequer seriam criadas (art. 173 da Constituição).

Vale aqui transcrever, por oportuno, a conclusão do pertinente estudo de JOSÉ AUGUSTO DELGADO, juiz federal, sobre “A administração pública indireta na Constituição de 1988”: devem ser “desenvolvidas seguras meditações sobre o ordenamento jurídico da atualidade, a nível constitucional, que passou a reger a administração indireta e fundacional. A interpretação sistêmica das normas constitucionais e a sua força de imperatividade permitem afirmar que urge providências modificadoras do panorama estrutural de tais entidades, para que possam se adequar ao novo panorama institucional que lhes foi destinado. Não há porque se deixar de fazer a afirmação de que a expansão da administração indireta provocou um controle mais rígido de suas ações e uma adequação valorativa às reais finalidades de sua contribuição (in *Rev. Forense*, vol. 306, abr./mai/jun./1989, p. 104).

No que diz respeito especificamente à publicidade dos contratos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, e à sua conseqüente publicação, convém lembrar que o Tribunal de Contas da União vem deci-

dindo no sentido de que devem essas entidades incluir, em seus regulamentos próprios de licitação, o princípio da publicidade (decisões publicadas no *DOU* de 12-9-90, pp. 17.299 e seguintes e no *DOU* de 14-12-88, pp. 24.346 e 24.347). Também o Tribunal de Contas do Distrito Federal proferiu decisão semelhante, afirmando ser obrigatória a publicação de extrato do contrato como requisito de sua eficácia (Processo n.º 1.234/90 daquela Corte de Contas).

IV

A Administração, ainda quando sujeita a regime jurídico de direito privado, deve observância às regras gerais sobre contratos e a princípios de direito público. "As sociedades de economia mista e as empresas públicas são pessoas jurídicas administrativas, sujeitas a regime de direito privado, na gestão de seus negócios (...) *mas regidas, geralmente, pelas normas de direito público*, que especializam sua organização, em razão dos fins públicos de seus objetivos." (CAIO TÁCITO, in *RDA*, 111: 1-9, jan./mar./1973 — grifamos.)

No que diz respeito aos contratos celebrados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, de qualquer ente da Federação, vale ressaltar que os respectivos regulamentos de licitação e contratação devem obediência às normas gerais postas no Decreto-Lei n.º 2.300/86, com suas alterações (art. 22, inciso XXVII da Constituição de 1988).

Compete aos Tribunais de Contas, ao examinar os contratos celebrados pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista, dizer da observância aos princípios da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade e publicidade, por parte das entidades jurisdicionadas.

A participação dos Tribunais de Contas na regulamentação dos atos expedidos por essas entidades, por meio de seu controle, terá, sem dúvida alguma, influência decisiva na melhor compreensão, dentro da própria Administração, das origens e finalidades das empresas públicas e sociedades de economia mista, tal como as viu o legislador constituinte.

V

Bibliografia

- DELGADO, José Augusto. "A administração pública indireta na Constituição de 1988", *Rev. Forense*, vol. 308, abr./mai./jun./1989.
- LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1971.
- MEIRELLES, Hely Lopes. "A Licitação nas Entidades Paraestatais", *Rev. de Direito Administrativo*, nº 132.
- MUKAI, Toshio. *Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, Ed. Atlas S.A., São Paulo, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 6ª ed., 1990.