

# Realidade jurídica atual da empresa pública brasileira

VERA GALVÃO

Professora da Faculdade Cândido Mendes

## SUMÁRIO

- 1 — *Órgãos da Administração Indireta*
- 2 — *Conceituação legal*
- 3 — *Análise dos conceitos legais*
- 4 — *Empresas públicas representativas*
- 5 — *Proposta de classificação atual das empresas públicas*
- 6 — *Ubiquação da empresa pública no sistema jurídico*
- 7 — *Empresa pública: entidade regida pelo direito civil ou comercial?*
- 8 — *A Lei das Sociedades Anônimas e a empresa pública*
- 9 — *Derrogação da Lei das S/A no regime da empresa pública*
- 10 — *Outras restrições à autonomia administrativa das empresas públicas*
- 11 — *A solução de direito comparado: necessidade de um estatuto para a empresa pública*

### 1 — *Órgãos da Administração Indireta*

O mesmo que a diretoria representa para as sociedades comerciais e também para as não comerciais de fins lucrativos ou não, o "Governo" representa para o "Estado". O Governo, pois, administra o Estado, e, no âmbito desse trabalho de administração, exerce atividades as mais diferentes, as quais nem sempre lhe são próprias, chegando até mesmo a criar, em certos casos, a figura do "Estado comerciante".

Muitas vezes, exerce essas atividades de forma direta através de suas próprias repartições. De outras, o exercício é feito de forma indireta, isto é, através de entes ideais ligados ao Governo, mas dotados de personalidade jurídica própria, de direito público ou privado.

No âmbito federal, o Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 900, de 29-9-69, disciplinou a matéria, enumerando e até mesmo conceituando os entes ideais que compõem a administração indireta.

O art. 4º dispõe o seguinte:

“A Administração Federal compreende:

I — a Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II — a Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

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

§ 1º — As entidades compreendidas na Administração Indireta consideram-se vinculadas ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

§ 2º — Equiparam-se às empresas públicas, para os efeitos desta Lei, as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades.”

*Note-se:* o § 2º, acima, foi indiretamente revogado pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 900, que dispõe:

“Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67.”

## 2 — *Conceituação legal*

Quanto à conceituação, temos o art. 5º do Decreto-Lei nº 200, com as alterações do Decreto-Lei nº 900, que estabelece:

“Para os fins deste Decreto-Lei, considera-se:

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

II — *empresa pública*: a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital

exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito;

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

O Decreto-Lei nº 900, em seu art. 5º, estabelece mais o seguinte:

“Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da empresa pública (art. 5º, inc. II, do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67), 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.”

### 3 — *Análise dos conceitos legais*

Analisaremos, brevemente, os três conceitos que os Decretos-Leis números 200 e 900 nos deram, com referência às entidades que compõem a Administração Indireta, a saber: autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A sociedade de economia mista é a mais fácil de ser compreendida. Trata-se, substancialmente, de comum sociedade anônima que, como qualquer outra, está sujeita às normas e aos princípios que regem a espécie. Portanto: a denominação deve conter as palavras “sociedade anônima” ou “companhia”; o capital deve ser dividido em ações; os acionistas devem ser dois ou mais; deve ter diretoria e conselho fiscal; deve realizar assembléias ordinárias e extraordinárias; deve arquivar no Registro do Comércio seus atos constitutivos e as atas de suas assembléias; deve ter os livros regulamentares; e assim por diante. A única diferença, com relação às demais sociedades anônimas, é a de que na sociedade de economia mista ocorre a conjugação de recursos públicos e privados, uma vez que são admitidas, também na qualidade de acionistas, pessoas físicas e jurídicas de direito privado, estas últimas, porém, com participação minoritária, a fim de que a sociedade possa ser enquadrada no Decreto-Lei nº 200. Exemplos: “Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS”; “Banco do Brasil S/A”, no âmbito federal; “CESP — Centrais Elétricas de São Paulo S/A”, no Estado de São Paulo.

A autarquia também tem conceituação fácil de ser compreendida. Trata-se, fundamentalmente, de “repartição” pública autônoma, isto é, que se governa sozinha, não deixando, porém, de pertencer inteiramente ao Governo que a constituiu. Tanto assim que a personalidade própria, de que ela é dotada, é de direito público.

Note-se que estamos usando a palavra “repartição” em seu sentido mais amplo, como parte, grande ou pequena, do sistema administrativo

do Estado. A título de exemplo, podemos mencionar as próprias Juntas Comerciais, as quais, na qualidade de prestadoras de determinado serviço público — o registro do comércio —, nasceram como repartições comuns e que, cada vez mais, estão sendo agora transformadas em autarquias. Como autarquia, a Junta Comercial continuará sendo, na prática, uma repartição pública. Poderá, porém, resolver sozinha seus problemas internos, sem interferências, uma vez que, em tais casos, o Governo respectivo se limita, em linha geral, a nomear os ocupantes dos cargos de direção.

Chegamos agora ao ponto crucial da questão: a exata compreensão do conceito que o legislador nos deu da entidade administrativa indireta que, de caso pensado, deixamos por último. Afinal, o que é realmente uma “empresa pública”? Como distingui-la de outras entidades? Onde enquadrá-la? Como classificá-la?

Antes de intentarmos respostas às cruciais indagações acima, cumpre, em rápida pesquisa, inventariar as opções assumidas pelo legislador para a regência de algumas das mais interessantes empresas públicas, sob o ponto de vista jurídico.

#### 4 — *Empresas públicas representativas*

##### *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)*

No Decreto-Lei nº 509, de 20-3-69 (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 538, de 17-4-69), encontramos os seguintes dispositivos:

“Art. 4º — Os Estatutos da ECT, que serão expedidos por decreto, estabelecerão a organização, atribuições e funcionamento dos órgãos que compõem sua estrutura básica.”

“Art. 6º — O capital inicial da ECT será constituído integralmente pela União, na forma deste Decreto-Lei (...)

§ 4º — Poderão vir a participar dos futuros aumentos do capital outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como entidades integrantes da administração federal indireta.”

“Art. 11 — O regime jurídico do pessoal da ECT será o da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º-5-1943.”

##### *Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) (\*)*

Na Lei nº 5.662, de 21-6-71, encontramos os seguintes dispositivos:

“Art. 1º — O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), autarquia federal criada pela Lei nº 1.628, de

---

(\*) NR — O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) passa a denominar-se Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), ficando vinculado administrativamente à SEPLAN (Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82 — art. 5º). O BNDE fora vinculado ao Ministério da Indústria e do Comércio, por força do Decreto nº 83.324, de 11-4-79.

20-6-52, fica enquadrado, nos termos e para os fins do § 2º do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67, na categoria de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, com a denominação de Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) e vinculação ao Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, nos termos do art. 189 do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67.

Parágrafo único — O capital inicial da empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), dividido em ações do valor, cada uma de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), pertence na sua totalidade à União Federal e é constituído pelo valor, na data desta Lei, do ativo líquido na autarquia extinta, podendo ser aumentado através da reinversão de lucros e de outros recursos que, na forma da legislação em vigor, a União destinar a esse fim.

Art. 2º — Os dispositivos legais vigentes ou parcialmente modificados da Lei nº 1.628, de 20-6-52, e da Lei nº 2.973, de 26-11-56, constituem, no seu conjunto, o Estatuto pelo qual se rege a empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), regulando os fins da empresa e a sua estrutura administrativa, bem como os seus órgãos de direção e de controle.

Parágrafo único — As alterações do Estatuto referido neste artigo, necessárias ao funcionamento da empresa, serão feitas, posteriormente à data desta Lei, através de decreto do Presidente da República, que será arquivado no Registro do Comércio competente.”

“Art. 10 — A Agência Especial de Financiamento Industrial — FINAME, autarquia federal criada pelo Decreto-Lei nº 45, de 18-11-66, em cujo texto ficaram incorporadas, como parte integrante, as disposições do Decreto nº 59.170, de 2-9-66, é também enquadrada, nos termos e para fins do § 2º do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67, na categoria de empresa pública, mantida a mesma denominação atual, com personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio e vinculação, através do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, ao Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, nos termos do art. 189 do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67.

§ 1º — O Estatuto da empresa pública de que trata este artigo é o conjunto dos dispositivos, que forem aplicáveis, do Decreto nº 59.170, de 2-9-66, e do Decreto-Lei nº 45, de 18-11-66, os quais regularão os fins da empresa e a sua estrutura administrativa, bem como os seus órgãos de direção e de controle, podendo as alterações subseqüentes ser feitas por decreto do Presidente da República, arquivadas no Registro do Comércio competente.

§ 2º — O capital inicial da empresa pública criada por este artigo, para suceder à Agência Especial de Financiamento Industrial — FINAME, é constituído pelo valor do ativo líquido da autarquia extinta, apurado na data desta Lei, pertencente, esse capital, na sua totalidade, à empresa pública, de propriedade exclusiva da União, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), sendo dividido em ações nominativas do valor, cada uma, de Cr\$ 10,00 (dez cruzeiros).

§ 3º — As ações da empresa pública Agência Especial de Financiamento Industrial — FINAME, só poderão pertencer à União ou a entidade da Administração Indireta.

§ 4º — O regime jurídico do pessoal a serviço da empresa pública de que trata este artigo é o do empregado sujeito à legislação vigente para as relações de emprego privado.”

#### *Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA)*

Na Lei nº 3.115, de 16-3-1957, encontramos os seguintes dispositivos:

“Art. 1º — Fica o Poder Executivo autorizado a constituir, nos termos da presente Lei, uma sociedade por ações sob a denominação de Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima (RFFSA), a qual serão incorporadas as estradas de ferro de propriedade da União e por ela administradas, assim como as que venham a ser transferidas ao domínio da União, ou cujos contratos de arrendamento sejam encampados ou rescindidos.”

“Art. 4º — A União subscreverá a totalidade das ações que constituirão o capital inicial da RFFSA (...)

§ 2º — O Governo poderá desfazer-se das ações de sua propriedade que excederem 51% (cinquenta e um por cento) do capital da RFFSA, vendendo-as, por valor não inferior ao nominal, às pessoas jurídicas de direito público interno, às sociedades de economia mista constantes do art. 6º, n.ºs I e II, e às pessoas físicas e jurídicas de direito privado, brasileiras, neste caso até o máximo de 20% (vinte por cento) do capital social.”

#### *Empresa Brasileira de Radiodifusão (RADIOBRAS)*

Enfim, na Lei nº 6.301, de 15 de dezembro de 1975, o art. 1º autoriza:

“Art. 1º — Fica a União autorizada a constituir, na forma desta Lei e do disposto no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, uma empresa pública que se

denominará Empresa Brasileira de Radiodifusão e usará a sigla ou abreviatura de RADIOBRÁS, vinculada ao Ministério das Comunicações, com o seguinte objetivo:

.....”

“Art. 3º — A RADIOBRÁS será organizada sob a forma de sociedade por ações e terá seu capital representado por ações nominativas até pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) do seu valor pela União.

§ 1º — Será admitida no restante do capital da RADIOBRÁS a participação dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

.....”

“Art. 5º — O Ministro das Comunicações designará o representante da União nos atos constitutivos da sociedade.”

“Art. 7º — Observadas as ressalvas desta Lei e da legislação de telecomunicações, a RADIOBRÁS será regida pela legislação referente às sociedades por ações, não se lhe aplicando os requisitos do § 5º do art. 12 do Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967.”

#### 5 — Proposta de classificação atual das empresas públicas

Pelo que se depreende do Decreto-Lei nº 200 e demais textos legislativos citados até aqui, as empresas públicas brasileiras, apesar de oferecerem à consideração dos estudiosos alguns elementos característicos constantes, não se apresentam dotadas de forma jurídica única, rígida, com contornos bem definidos. Por isso é que devemos distinguir, entre elas, as seguintes espécies e subespécies:

1) *empresa pública típica* que se apresenta como sociedade anônima regular (sociedade pluripessoal), tendo, porém, como acionistas apenas pessoas jurídicas de direito público interno, as quais podem ser da mesma esfera, como, por exemplo, o Estado mais autarquias estaduais — foi o modelo seguido pela Caixa Econômica do Estado de São Paulo S/A — CEESP, ou de esferas diferentes, como, por exemplo, a União, mais Estados, mais Municípios, mais autarquias etc.

2) *empresa pública atípica* que ostenta a forma de sociedade anônima, tendo, porém, apenas um acionista (sociedade unipessoal), como é o caso, por exemplo, da Empresa Brasileira de Radiodifusão — RADIOBRÁS, e da Rede Ferroviária Federal S/A, cujo capital pertence inteiramente à União, até agora, sua única acionista.

3) *empresa pública extravagante*, que, fugindo à letra do Decreto-Lei nº 200, não assume “qualquer das formas (de sociedade) admitidas em direito”, como é o caso, por exemplo, da ECT, em que o legislador, desprezando a Reforma Administrativa, criou a empresa sem subordiná-la a modelo preexistente — restrita que está, sua regência, à própria lei de criação da pessoa jurídica.

## 6 — Ubiquação da empresa pública no sistema jurídico

Como fazer o enquadramento jurídico da empresa pública? Em primeiro lugar, devemos descobrir a qual dos grandes ramos do direito ela pertence. O Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67, nos diz claramente que é o do direito privado (art. 5º, nº II: “*empresa pública*: a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado...”). Tanto assim que os empregados estão sujeitos às leis trabalhistas comuns (Decreto-Lei número 509, de 20-3-69, art. 11: “O regime jurídico do pessoal da ECT será o da Consolidação das Leis do Trabalho...”). Lei nº 5.662, de 21-6-71, art. 10, § 4º: “O regime jurídico do pessoal a serviço da empresa pública de que trata este artigo é o do empregado sujeito à legislação vigente para as relações de emprego privado”).

PAULINO JACQUES, em trabalho publicado na *Revista de Informação Legislativa* nº 28, de 1970 — “A Administração Indireta no Estado Brasileiro (Crítica Científica)”, já àquela época demonstrava ser intransigente defensor da publicização, hoje admitida por todos os administrativistas brasileiros, descaracterizando a personalidade jurídica de *direito privado* das empresas públicas, e aconselhando, inclusive, para dar cobro a antinomia existente, a conveniência de um estatuto da empresa pública: “a verdade é que o fato de deverem as “empresas públicas” ser criadas por lei, com o capital exclusivo da União ou de suas entidades de Administração Indireta, e ficarem adstritas à “supervisão ministerial” ampla e profunda, que vai desde a “indicação ou nomeação pelo Ministro de Estado dos dirigentes da entidade” até a “intervenção por motivo de interesse público” (art. 26, parágrafo único, alíneas *a usque i*, Decreto-Lei nº 200, citado) — só por ficção, ou excessivo pragmatismo, será *privada* a sua personalidade jurídica. Realmente, a sua origem e o patrimônio estatais, bem assim a vigilância e a quase tutela que o Estado exerce sobre essas empresas, levam a dotá-las de personalidade *pública*, segundo as doutrinas examinadas nos caps. III (a “origem da instituição”) e VIII (a “vigilância e a tutela”). O pragmatismo na Administração Pública, fruto de exagerado tecnologismo, está afastando os serviços públicos, cada vez mais, de sua verdadeira fonte de legitimidade, que é a eidética jurídica”.

Sublinhou, também, as modificações que o Decreto-Lei nº 900, de 1969, trouxe ao texto do Decreto-Lei nº 200, de 1967, nelas entrevendo a tendência de publicização: “as alterações feitas, embora não tenham modificado a orientação pragmática, vieram reforçar a nossa tese da personalidade pública dessas entidades, porque o seu capital é “exclusivo da União”, e jamais “de suas entidades de Administração Indireta”, como admitia o Decreto-Lei nº 200 citado, e a exploração de “atividade econômica”, tão-somente, e nunca de “natureza empresarial”, antes facultada”.

Para dar maior relevo a sua posição, PAULINO JACQUES, depois de citar alguns exemplos de empresas públicas, inclusive com personalidade jurídica de *direito público*, como a EMBRATUR — Empresa Brasileira de Turismo (Decreto-Lei nº 55, de 18-11-66), faz referência es-



pecial à Caixa Econômica Federal (CEF), concluindo: “sendo tudo estatal nessa entidade — origem, fim, organização e função, inclusive a vigilância e a tutela, com capital pertencente à União —, já agora, não por simples ficção ou excessivo pragmatismo, pode ser considerada “pessoa privada”, porém, por gritante *aberratio juris*, senão verdadeira heresia jurídica”.

WALDEMAR FERREIRA, em mordaz observação, declara que “a sociedade de economia mista, o que vale dizer, também, a empresa pública, de pessoa de direito privado, só tem o gesto e o peito. No mais e por tudo tem o ânimo e a alma, se é que tem isso, de pessoas jurídicas de direito público interno”.

Acentuou A. B. CORRIM NETO, ilustre Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em diversas oportunidades, nas aulas que ministrou no curso de pós-graduação, a natureza pública das empresas públicas, chamando a atenção para o § 2º do art. 170 da Constituição Federal, que declara:

“§ 2º — Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista *reger-se-ão* pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações” (grifos nossos).

Na realidade, a empresa pública tão-somente rege-se pelas normas de direito privado, o que *não lhe tira* o caráter público.

#### 7 — *Empresa pública: entidade regida pelo direito civil ou comercial?*

No âmbito do direito privado, devemos distinguir o direito civil do comercial. *De lege ferenda*, a empresa pública poderia ser regida por dispositivos da lei civil? Vejamos. Não por uma “associação”, uma vez que é criada (diz o Decreto-Lei nº 200) “para a exploração de atividade econômica”. “Sociedade civil” de fins lucrativos também não, devido ao fato de a empresa pública jamais ter como objeto um fim meramente civil. Por outro lado, não por uma “fundação”, uma vez que esta, ao menos aparentemente, não tem proprietário, ao passo que a empresa pública o tem. Tampouco uma “cooperativa”, pelo simples fato de que esta é um tipo especial de sociedade de pessoas, sem fins lucrativos.

Temos, portanto, a desejada conclusão: a empresa pública não pode ser regida por nenhum dos esquemas legais vigentes no âmbito do direito civil.

A empresa pública é sem dúvida uma entidade comercial, uma vez que exerce atividade de intermediação habitual, com fito econômico.

Há, porém, um problema: em qual dos esquemas legais vigentes no âmbito do direito comercial pode ser enquadrada?

“Firma individual” não, uma vez que mesmo quando aparece como pertencendo a uma só pessoa, essa pessoa é sempre jurídica, ao passo

que a firma individual, de acordo com os atuais princípios da legislação brasileira, só pode ter pessoa física como titular.

Devemos excluir, também, as antigas sociedades de pessoas, de que ainda trata o Código Comercial Brasileiro de 1850. É que na empresa pública não se pode falar em *affectio societatis intuitu personae*.

A própria sociedade por quotas de responsabilidade limitada deve ser excluída, uma vez que a empresa pública, para que pudesse por ela ser disciplinada, deveria ser constituída de acordo com as normas constantes do Decreto nº 3.708, de 10-1-1919; ademais, cremos, na limitada prevalecem as pessoas.

Embora o Decreto-Lei nº 200 tenha aberto o leque para qualquer das formas em direito admitidas, na realidade o legislador ou não optou por nenhuma delas (vide acima empresa pública extravagante) ou se fixou, sempre, na sociedade anônima. Assim é que as empresas públicas, de regra, apresentam capital dividido em ações de igual valor, com a expressão "sociedade anônima" ou "companhia", completando sua denominação com outros detalhes igualmente significativos. Não é raro, inclusive, ostentar legitimamente a forma de sociedade anônima, por ter, além das demais características, também dois ou mais acionistas. Aliás, enquanto a legislação brasileira não sofrer modificações substanciais, este último é o modelo que mais ou menos se aproxima do adequado para a constituição de empresas públicas, inclusive na esfera federal.

#### 8 — A Lei das Sociedades Anônimas e a empresa pública

A esta altura, coloca-se outra indagação da maior importância. Ao escolher a forma de sociedade anônima, tem o legislador respeitado as características formais deste tipo societário?

A sociedade se forma pela manifestação da vontade de duas ou mais pessoas que se propõem unir os seus esforços e cabedais para a consecução de um fim comum. Os juristas franceses deixam entrever o duplo significado da palavra sociedade, pois tanto pode referir-se ao ato constitutivo que lhe dá substância, como à pessoa jurídica, que lhe dá condição de sujeito de direito. A princípio, como observa ESCARRA, predominava o aspecto contratual do ato constitutivo, ao passo que hoje prevalece o da pessoa jurídica que dele surge.

Hoje convém acentuar que não é mais incontroverso o princípio de que a sociedade deve constituir-se necessariamente no mínimo de duas pessoas. Teorias modernas, que se refletem em legislações positivas, como a do Principado de Liechtenstein, ou de legislações de vários Estados norte-americanos, introduzidas em outras legislações, começam a admitir a possibilidade de sociedades empresariais, isto é, sociedades constituídas de um sócio apenas. No Brasil, por exemplo, leis especiais têm criado sociedades desse tipo, como a NOVACAP S/A, o BNH, e outras já citadas no princípio deste trabalho, aspecto tão mais curioso quando o fazem sob a forma de sociedades por ações.

O Decreto-Lei nº 2.627, de 26-9-40, em seu art. 38, estabelecia clara e expressamente o seguinte: “Nenhuma sociedade anônima poderá constituir-se sem que se verifiquem, preliminarmente, os seguintes requisitos: 1º) a subscrição, pelo menos por sete pessoas, de todo o capital social”; e no art. 137: “A sociedade anônima ou companhia entra em liquidação: (...) d) pela redução do número de acionistas a menos de sete, verificada em assembléia geral ordinária, e caso esse mínimo não seja preenchido até a seguinte assembléia geral ordinária”.

A Lei nº 6.404, de 15-12-76, modificou a regra, ao estabelecer, em seu art. 80, o seguinte: “A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares: I — subscrição, pelo menos por duas pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto.” E no art. 206: “Dissolve-se a companhia: I — de pleno direito: (...) d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembléia geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte (...).”

De qualquer forma, sete ou dois que seja o número mínimo de integrantes de sociedade anônima, é certo porém que esse número deverá necessariamente ser superior a um.

A empresa pública, no entanto, só pode ser constituída com capital exclusivo da União, de acordo com os precisos termos do Decreto-Lei nº 200, art. 5º, inciso II (redação do Decreto-Lei nº 900). Posteriormente, de acordo com o art. 5º do Decreto-Lei nº 900, a União pode, desde que não perca a sua posição de participante majoritária, admitir outros participantes, no âmbito do direito público interno.

Ora, na vigência do Decreto-Lei nº 2.627/40, se a empresa pública tivesse menos que sete participantes, não poderia ser admitida como sociedade anônima, ainda que ostentasse, em sua denominação, a expressão “sociedade anônima” ou “companhia”.

O sistema societário brasileiro sofreu, entretanto, nesse particular, uma brusca alteração, ao se consentir, na Lei nº 6.404/76, a constituição de sociedade anônima de um sócio *apenas*. A nova Lei de Sociedades Anônimas admitiu e regulou a chamada subsidiária integral, constituída mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira (art. 251).

A incompreensão que comumente se manifesta a respeito das sociedades unipessoais provém da idéia arraigada pela tradição de que a sociedade se forma pelo contrato, sendo somente possível sua criação entre duas ou mais pessoas. Mas, desde que se passe a sustentar que a sociedade, como pessoa jurídica, se constitui por um ato que não seja necessariamente um contrato, o absurdo aparente se ameniza. O direito brasileiro, todavia, não concebe, nem admite tal solução, pois o Código Comercial considera sempre a sociedade formada pelo contrato. E as sociedades estatais constituídas somente pelo Estado são sempre criadas por leis especiais, ocasionando uma anomalia jurídica ditada pela conveniência do poder público de escapar dos padrões burocráticos.

O referido Decreto-Lei nº 2.627/40, em seu art. 3º, estabelecia o seguinte: "A sociedade anônima será designada por denominação que indique os seus fins, acrescida das palavras "sociedade anônima" ou "companhia", por extenso ou abreviadamente". Parece que a Lei número 6.404/76 não mais exige, necessariamente, a indicação dos fins, pois, em seu art. 3º, dispõe que "a sociedade será designada por denominação acompanhada das expressões "companhia" ou "sociedade anônima", expressas por extenso ou abreviadamente, mas vedada a utilização da primeira ao final".

Não cremos que essa dispensa da indicação dos fins sociais funcione na prática. É que as sociedades comerciais costumam incluir, em suas denominações, expressões registradas como marcas de indústria, comércio ou serviços; e ocorre que o registro de marca só é admissível com relação a uma única atividade. Registrada uma marca em determinada classe, outra sociedade pode registrar a mesma marca em classe diferente. Ora, se duas sociedades usarem, em suas denominações, palavra idêntica, por ser marca registrada de cada uma, deverão, para fins de diferenciação, acrescentar expressão que indique os respectivos fins sociais.

Temos, portanto, os seguintes três elementos, na prática obrigatórios na composição das denominações: 1º) expressão diferenciadora — nome de pessoa, sigla, expressão de fantasia etc. — indispensável em qualquer nome comercial; 2º) expressão ou expressões alusivas aos fins sociais, genéricas ou específicas, de acordo com a amplitude dos objetivos da sociedade; 3º) expressão indicadora do tipo de sociedade — "sociedade anônima" ou "companhia".

Vejamos, agora, algumas denominações de empresas públicas: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), Caixa Econômica Federal (CEF), Casa da Moeda do Brasil (CMB), Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), Empresa Brasileira de Turismo . . . . (EMBRATUR), Banco Nacional da Habitação (BNH), Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), Empresa Brasileira de Radio-difusão — RADIOBRÁS (RDB).

Em todas essas denominações encontramos, com maior ou menor facilidade, os dois primeiros elementos, uma vez que, no caso, as palavras "brasileira", "federal", "Brasil" e "nacional" podem ser tomadas como expressões diferenciadoras. Em nenhuma, entretanto, encontramos o terceiro elemento.

Outro aspecto a considerar é que a Lei das Sociedades por Ações, em seu artigo 132, inciso III, determina que a nomeação dos diretores será feita através de assembléia geral; entretanto, o que se observa nos dias que correm é que empresas públicas que são regidas pela Lei das S/A têm as nomeações de seus dirigentes feitas por ato do Poder Executivo.

O Decreto nº 84.128, de 29-10-79 (art. 4º, inciso II), determinou, outrossim, que os aumentos de capital das empresas públicas sejam previamente autorizados pelo Presidente da República, ouvida previamente a SEST; a hipótese revela um conflito com a Lei das S/A que determina que os aumentos de capital sejam realizados através de assembléia geral (art. 166, I e II).

#### 9 — *Derrogação da Lei das S/A no regime da empresa pública*

Qual a razão por que se observa o fenômeno de interferência, cada vez maior, do Estado nas decisões que seriam, por força da lei que as rege (no caso a das S/A), da exclusiva competência dos órgãos deliberativos das empresas públicas?

O fenômeno da concentração de poder nas mãos do Estado quando se trata de países em desenvolvimento, deve ser examinado atentamente. Na maior parte dos casos, uma concentração de poder é inevitável, e mesmo desejável, a fim de assegurar o desenvolvimento da economia. É provável e quase certo que julgamentos corretos precedam, freqüentemente, erros. Deve ter-se, apenas, consciência de seu duplo papel.

Os objetivos e os fins de uma empresa pública estão estreitamente vinculados. A forma jurídica de uma empresa pública depende, muito freqüentemente, dos objetivos que lhe são atribuídos, e certas formas convêm à realização de objetivos determinados. As empresas que visam a fins lucrativos são criadas e organizadas na base do direito público, observando, contudo, disposições de direito privado no que concerne a sua gestão.

Os principais objetivos diretos das empresas públicas podem ser assim classificados: a) sociais; b) econômicos; c) políticos.

Não têm eles a mesma importância, de país para país. Isto depende: 1) do regime econômico e social de cada um deles; e 2) de se saber se o país atingiu um estágio avançado de desenvolvimento econômico, ou é um país em desenvolvimento.

Os objetivos sociais revestem formas diversas. Podem ser criadas empresas públicas para manter certos serviços, ou melhoramentos, exercer atividades econômicas não lucrativas e que visem a promover o progresso social ou a servir ao interesse da coletividade, para eliminar o desemprego, elevar o nível de vida de segmentos da população, para direcionar os esforços em determinadas áreas etc.

Numerosos são os países onde se perseguem objetivos econômicos que variam segundo as necessidades: desenvolvimento da economia nacional ou de um ramo determinado desta, organização de um setor nacionalizado da economia, desejo de estimular o setor privado, falta de capitais privados para a realização de projetos importantes, atrativos mínimos para a iniciativa privada para certos investimentos, riscos que os capitalistas privados não podem assumir, passividade desse ou

daquele setor privado, avocados pelas empresas públicas, em razão de sua importância e de seu caráter indispensável para a economia etc.

Os objetivos políticos são revestidos de importância particular nos países socialistas em face dos conceitos ideológicos e filosóficos relativos à organização econômica e social.

Nos países em desenvolvimento, os objetivos políticos são considerados fundamentais, quando a criação de empresas tem por fim assegurar a independência econômica do país, eliminar o capital estrangeiro de certos ramos da economia, nacionalizar, completa ou parcialmente, um setor econômico determinado — ainda que, neste último caso, os objetivos acima citados revistam um caráter essencial, muito mais no plano dos princípios do que no das realidades —, realizar objetivos que interessam à defesa nacional etc.

Na realidade, no caso brasileiro, com a empresa pública o Estado respira o ar da atmosfera do direito privado, entretanto não abre mão de sua maneira burocrática de administrar.

ROGER PINTO, Professor da Faculdade de Direito de Paris, em seu trabalho publicado na *Revista de Direito Administrativo* nº 87, sob o título "A Empresa Pública Autônoma de Caráter Econômico, em Direito Comparado", declara:

"A empresa pública autônoma é uma criação do Estado. Submete-se, portanto, a estatuto definido pelo Estado. Sua existência depende do Estado, que a instituiu. Precisamente, porém, em virtude dessa instituição, o Estado introduz, no setor de economia pública, uma estrutura descentralizada. A conservação dessa descentralização supõe o respeito da autonomia da empresa pública. Exige que não seja colocada sob a autoridade hierárquica de órgãos ou agentes do Estado (ministros, por exemplo).

.....

De um modo geral, o equilíbrio entre a liberdade de ação da empresa e os contrapesos necessários da intervenção do Estado, não é fácil de ser alcançado. As leis em vigor não definem suficientemente. O exame da prática é indispensável. Constatam-se uma verdadeira luta disfarçada entre a empresa e o Estado. Aquela se esforça por neutralizar as intervenções estatais que julga excessivas, o Estado por sua vez multiplica obstáculos aos desregramentos da liberdade."

#### 10 — *Outras restrições à autonomia administrativa das empresas públicas*

A análise perfunctória feita linhas atrás nos permite tecer algumas considerações sobre o que ocorre no Brasil de hoje.

O Brasil apresenta uma tripartição. Até há pouco, em suas mais claras e definidas posições encontravam-se as empresas privadas de

um lado e de outro a atividade estatal, burocrática, por seus órgãos de administração direta. As primeiras regidas pelo direito privado, a última pelo direito público. Há, agora, um terceiro grupo intermediário, *estado crepuscular*, onde se situam as empresas governamentais. Elas têm um *status* de empresas regidas pelo direito privado mas visam a, primordialmente, atender aos desígnios do poder público.

A conseqüência dessa natureza bifronte é que, em períodos de crise econômico-financeira como a atual, a liberdade de que desfrutam as empresas estatais acarreta um desequilíbrio porque elas têm mitigado o controle do Estado por gozarem de autonomia, como as empresas particulares, e desfrutam de privilégios junto à Administração Central.

No momento atual, comprovando a nossa assertiva, foi criada a Secretaria de Controle das Empresas Estatais (SEST), pela edição do Decreto nº 84.128, de 29 de outubro de 1979. A SEST, integrante da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, é órgão central do subsistema de controle de recursos e dispêndios das empresas estatais, do sistema de planejamento federal.

O Decreto nº 84.128/79 conferiu amplos poderes, na matéria, ao Ministro do Planejamento, e o art. 4º autoriza a SEST a coordenar as atividades das empresas estatais, a acompanhar-lhes a gestão, a participar da fixação de preços e tarifas, a propor critérios de reajustamento de remuneração de dirigentes, a manifestar-se sobre aumento de capital etc.

Com tal instrumento o Governo vem tentando, com relativo êxito, impedir que a Administração Indireta cause rombos no orçamento da União, por sua liberdade de ação. Com isto, se fere fundo a Administração Indireta, pois, na realidade, ela passa a depender de um único fundo de caixa. O Tesouro Nacional mantém uma única via de fornecimento de numerário ou crédito. Esse controle talvez seja o primeiro passo para desmistificar a imagem da Administração Indireta, recolocando o Estado em sua tradição primeva.

É de lembrar-se, ainda, o disposto no art. 205 da Constituição Federal — norma constitucional em branco — que exclui da apreciação jurisdicional as questões entre as empresas estatais e a respectiva Administração Direta. Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha decidido contrariamente, o art. 205 é mais um elemento de submissão das empresas estatais a um controle enfeixado nas mãos do Executivo.

#### 11 — *Necessidade de um estatuto para a empresa pública: solução de direito comparado*

Quem se propõe a realizar um estudo comparativo das leis autorizativas da constituição das inúmeras empresas públicas em plena atividade em nosso País, conclui com decepção que estamos à beira de um caos, tal a antinomia que existe entre os seus princípios essenciais, não se orientando a sua criação por um sistema legal, que assegure uniformidade ou, quando menos, coerência de princípios.

Válida a tentativa do disciplinamento legal da empresa pública realizada através do Decreto-Lei nº 200 e, posteriormente, pelas modificações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 900. Porém, não é menos certo que o texto legal editado se ressentia de imprecisões, carências técnicas e até de contradições.

O Decreto-Lei nº 200 dispõe que a empresa pública poderá “revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”. Em nossa opinião, isto determina que, apesar de ter liberdade de escolha, o legislador deveria escolher uma das formas preexistentes, admitidas em direito. Afinal, ter um ordenamento jurídico significa, justamente, que todos, inclusive o próprio Estado, devem adequar-se, em seus atos, aos esquemas legais vigentes, até que sejam modificados.

Tal coisa parece não acontecer com as empresas públicas. Como exemplo, de passagem, para não adentrarmos no estudo do Decreto-Lei nº 200, afastando-nos do nosso objetivo, basta observar que o item II do art. 5º do Decreto-Lei nº 200 erigiu a entidade unipessoal como a modalidade única da empresa pública, não guardando compatibilidade com o estabelecimento daquela modalidade ÚNICA a preceituação *in fine* do novo texto legal editado, na parte que dispõe que a empresa pública *unipessoal* poderá revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito, entre as quais, é sabido, inexistia formalização da empresa unipessoal.

A consequência inevitável e exigível que a prazo médio podemos vislumbrar é a edição de um estatuto para as empresas públicas, que será a solução adequada e impositiva para sistematizar a institucionalização desta entidade, pondo fim ao quadro legislativo caótico que se instalou e continua prosperando. E os exemplos são flagrantes, não obstante os esforços de aperfeiçoamento que se já fazem sentir em algumas leis autorizativas da constituição de empresas públicas.

J. CRETELA JUNIOR, em sua obra *Empresa Pública*, ao abordar os “problemas suscitados pela empresa pública brasileira”, destaca especialmente a “ausência de estatuto da empresa pública”, referenciando, inclusive *no direito comparado*, a França, onde “todos os autores fazem referência à falta de estatuto geral da empresa pública”; e lembra OSCAR BARRETO FILHO que em sua obra observa que “*todos os autores estrangeiros e nacionais afirmam, unanimemente, a necessidade da elaboração de um estatuto geral das empresas públicas*, no qual seriam atendidas as peculiaridades do regime jurídico dessas empresas, no tocante à constituição, funcionamento, contabilidade, controle, finalidades, órgãos de gestão, assembléias gerais. Esta necessidade prende-se à circunstância notória de que as normas que regem as sociedades mercantis são de manifesta insuficiência para atender estes pontos”.

A unificação de todos os órgãos do Estado resulta, em última análise, no próprio Estado. Munindo-se o Estado de inúmeros órgãos para a consecução de seus objetivos e fins, e sendo a lei a expressão da vontade estatal, o que se deve concluir é que o meio mais adequado para a



atuação eficaz de vários órgãos semelhantes será, respeitadas as características de cada um, a edição de diploma legal que os venha reger de modo unitário, de sorte que, embora diversificados, possam ser unificados pelo menos para o fim de abrangência da lei.

Ante a carência de um sistema legal adequado, a eclosão das empresas públicas no Brasil, estimulada pela euforia da descentralização administrativa, acabou por gerar uma problemática crucial — a necessidade de se assegurarem os meios operantes para superintender o seu tentacular gigantismo, com o objetivo de mantê-lo rigidamente subordinado aos fins de interesse público.

PAULINO JACQUES, emprestando o brilho de sua cultura e autoridade no assunto que nos interessa mais de perto neste trabalho, alerta quanto aos perigos a que está sujeita a economia nacional com a privatização dos entes de serviços públicos, defendendo, com rara inteligência, nas conclusões finais de sua tese, certamente em face das incontornáveis contradições, de forma e essência de nossa legislação, “a necessidade premente de ser elaborado um estatuto para as entidades de Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), que venha disciplinar esses entes à luz da boa doutrina, expurgando-os do excessivo pragmatismo que os desnatura e afeta a própria economia nacional”. E sugere, de imediato, a revogação do art. 5º e seus itens do Decreto-Lei nº 200, dos arts. 2º, 3º e 5º do Decreto-Lei nº 900, e do Decreto-Lei nº 991, de 21 de outubro de 1969, que, no seu entender, “subverteram por completo as noções fundamentais de pessoa pública e privada, com suas implicações, no afã de modernizar a administração pública no País”.

A verdade é que a inclusão da empresa pública entre as entidades de direito privado é bastante forçada, artificial. Tanto assim que, muitas vezes, em nada se distingue uma empresa pública de uma autarquia, o que, não raro, permite a passagem direta de um tipo para outro sem qualquer mudança fundamental, como é o caso, por exemplo, do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, o qual, de autarquia que era, passou diretamente a empresa pública (Lei nº 5.662, de 21-6-71), sem qualquer mudança na estrutura da entidade, continuando com a mesma denominação, o mesmo proprietário, as mesmas normas estatutárias e o mesmo objetivo.

Não se pense, a esta altura, que somos contra a criação de empresas públicas. Pelo contrário, as encaramos com muita simpatia, e o fazemos por um motivo muito simples: os governos, em seu trabalho de administração, encontram problemas os mais diferentes e é muito justo que esses mesmos governos disponham de meios cada vez mais adequados, acompanhando a evolução dos tempos, a fim de que possam resolvê-los da melhor forma possível.

O que está errado, a nosso ver, é que o Estado começou a criar empresas públicas sem antes ter cuidado de incluir, no ordenamento jurídico nacional, o tipo ou figura da “empresa pública”, com suas ca-

racterísticas essenciais. Isto porque, conforme já vimos, a empresa pública não pode ser enquadrada em nenhum dos esquemas jurídicos já previstos pela legislação em vigor, no âmbito do direito privado. Só poderia ser enquadrada num esquema novo, que o direito positivo brasileiro ainda não aceitou.

O princípio da responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito público interno controladora da empresa pública já editado na Lei das Sociedades por Ações, em seu capítulo XIX, que trata das sociedades de economia mista, já seria o começo da justificação.

Assim o estatuto da empresa estatal guardaria compatibilidade com a sistemática da sociedade anônima atual, que a empresa pública pluripessoal poderá adotar.

É relevante observar que a Lei de S/A dispõe, em seu art. 235, que as sociedades de economia mista estão sujeitas à sua disciplina institucional, *in verbis* — “sem prejuízo das disposições especiais da lei federal”, o que viabiliza o atendimento de suas peculiaridades, sem limitações ou conflitos.

#### BIBLIOGRAFIA

- BARRETO FILHO, Oscar — Apud CAIO TÁCITO — obra citada.
- CAETANO, Marcello — *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra Editora Limitada, 1951, 3ª edição.
- CAVALCANTI, Themístocles — *Curso de Direito Administrativo*. Livraria Freitas Bastos, 5ª edição.
- COTRIM NETO, A. B. — *Direito Administrativo da Autarquia (Um estudo sobre expedientes de administração indireta no Estado contemporâneo)*. Livraria Freitas Bastos, 1966.
- FERREIRA, Sérgio de Andrea — “O Direito Administrativo das Empresas Governamentais Brasileiras”, in *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas, vol. 136.
- JACQUES, Paulino — “A Administração Indireta no Estado Brasileiro” (Crítica Científica) — *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n. 28.
- MEIRELLES, Hely Lopes — *Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição atualizada.
- OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de — “Regime Jurídico das Empresas Públicas no Brasil”, in *Revista de Direito Público*. Ed. Revista dos Tribunais, vol. 3, nº 12, pp. 14 a 39, abril/junho 1970.
- PINTO, Bilac — “O Declínio das Sociedades de Economia Mista, o Advento das Modernas Empresas Públicas”, in *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas, vol. 32.
- REQUIÃO, Rubens — *Curso de Direito Comercial*. Saraiva S/A Livreros Editores, 8ª edição.
- TÁCITO, Caio — “Controle das Empresas do Estado” (Públicas e Mistas), in *Revista Forense*, vol. 248.
- — “As Empresas Públicas no Brasil”, in *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas, vol. 84.