

Questões sobre a empresa pública no Brasil

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
Advogado em São Paulo

Este estudo pretende apenas levantar algumas questões relativas à empresa pública, tal como tratada pelo direito brasileiro. Não há realmente soluções sugeridas, mas a consciência de algumas circunstâncias da atuação da empresa pública e alguma consideração por determinados fatos pode indicar o ponto em que se localizam os nós da empresa pública e, talvez, as pistas para eventuais soluções.

I — *A natureza das empresas públicas*

Discutir a “natureza jurídica” destas empresas é aparentemente tão difícil quanto fazer teogonia. Na verdade as empresas públicas não deixam de ter uma forma heróica, no sentido mesmo da mitologia olímpica: são semideuses, filhas do olímpico poder soberano do Estado com a forma mortal das sociedades de direito privado.

Assumem a forma de direito privado e se submetem ao regime das sociedades particulares, até por força de dispositivo constitucional (art. 170, § 2º, Emenda Constitucional nº 1/69). No entanto, são sempre o Estado em atuação. É daí mesmo que começam nossas dificuldades. A empresa pública é o Estado exercendo — em caráter suplementar, como diz o texto constitucional (art. 170, § 1º), ou por razões de conveniência administrativa (segundo o Decreto-Lei nº 200/67 combinado com o Decreto-Lei nº 900/69) — atividade econômica.

Logo, definirmos a natureza jurídica das empresas públicas *a priori* seria um erro de método. A “natureza jurídica” das coisas não existe. Existem aspectos mais ou menos gerais que conduzem o raciocínio jurídico, mas a realidade é que os produz. Assim, só a percepção da realidade funcional e estrutural destas empresas dentro do quadro de institutos jurídicos existentes é que permitirá — ou não — sua inclusão em algum tipo já “classificado”. Mesmo a “história natural”, porém, tem seus limites: descobertas de novas espécies ou gêneros são sempre possíveis. Também no direito: se os tipos que aí estão não cobrem totalmente a figura da empresa pú-

blica, tanto pior. Cumpre-nos inventar novos, a partir das questões que esta empresa nos coloca. A realidade é sempre mais complexa do que os modelos dos estudiosos.

Só ao fim deste estudo pretende-se traçar alguns princípios que talvez sirvam de norte à solução de umas poucas questões.

II — *Intervencionismo estatal*

A despeito da aparente novidade que o instituto “empresa pública” — ou a intervenção estatal — apresenta, a presença do Estado na exploração econômica no Brasil é a grande tradição da história. Nossa história é, de fato, mais do que generosa em exemplos de ingerência do soberano na atividade “empresarial” e — mais ainda — na “confusão” do público com o privado.

O regime jurídico do Estado monárquico português já era patrimonialista no século XVI ⁽¹⁾. O tesouro público ou a Fazenda d’el-rei eram uma só e mesma coisa. O rei não era apenas o príncipe maior: era o primeiro comerciante e o primeiro senhor de terras do reino. A descoberta leva o Brasil a ser território da Real Fazenda (sob protetorado da Ordem de Cristo). A implantação das capitanias hereditárias demonstra que el-rei dispunha da terra como coisa e propriedade sua, fazendo dela mercê a quem lhe aprovesse. Daí o capitão donatário também fazia suas concessões de sesmarias, tratando tudo como seu particular patrimônio. O regime jurídico inicial não distingue bem, no Brasil, o que é o direito público e o que é direito privado ⁽²⁾.

Algum tempo depois, as exigências do monopólio comercial se fazem através das Companhias de Comércio, sempre fruto de uma carta d’el-rei, que se transforme em acionista, juntamente com os capitalistas privados do reino ⁽³⁾. O mesmo regime é válido em suas linhas gerais para as quatro companhias de comércio que operaram na América portuguesa ⁽⁴⁾. Vê-se aí claramente a figura do

(1) A análise deste fenômeno, que não cabe neste trabalho, vai particularmente elaborado por RAYMUNDO FAORO em *Os Donos do Poder*, 5ª ed., vol. I, Porto Alegre, Globo, 1979, especialmente capítulos 1, 2 e 3.

(2) Sobre a forma “feudal” do direito de propriedade no Brasil rural, veja-se ISIDORO MARTINS, *História do Direito Nacional*, 3.ª ed., Brasília, DIN, 1979, esp. pp. 101 e ss. A crítica a esta visão vem expressa por JOSÉ DE SOUZA MARTINS in *Expropriação e Violência. A Questão Política no Campo*, 2ª ed., São Paulo, Hucitec, 1982, esp. pp. 16-17.

(3) ROBERTO SIMONSEN, *História Econômica do Brasil*. São Paulo, Cia. Ed. Nacional/MEC, 1977, pp. 355-361.

(4) Foram elas a Companhia Geral do Comércio do Brasil (1649), a Companhia do Maranhão (1679), a Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão (1757) e a Companhia de Pernambuco e Paraíba (1759). As duas últimas foram as tentativas pombalinas de reerguimento econômico das regiões mais afetadas pela crise do regime colonial (cf. ROBERTO SIMONSEN, *op. cit.*, *loc. cit.*).

rei como o patrocinador e incentivador maior da atividade econômica, não só para dirigi-la, como também para dela tomar parte.

Outro exemplo bastante esclarecedor é o regime da contratação de diamantes. Ali o contratador, embora sendo um particular, age como delegado do poder real, visto que toda a exploração do distrito diamantino é cercada pelo monopólio real (5).

Todos os exemplos lembrados acima dão-nos bem a idéia de que nunca houve no Brasil, pelo menos no que diz respeito à atividade empresarial e ao mercado, uma experiência historicamente enraizada de separação do Estado e do particular, do público e do privado. Muitas hipóteses merecem ser levantadas e estudadas, para que não se repitam inconscientemente erros históricos que passariam até por atavismos. Também durante o Império podem ser achados diversos exemplos (6). As conseqüências sociológicas e políticas deste fenômeno são muito mais relevantes do que os juristas podem ter percebido até agora, mas escapam a este estudo.

III — A empresa pública e suas junções no direito positivo atual

A definição que se extrai da combinação dos dispositivos do Decreto-Lei nº 200/67 e do Decreto-Lei nº 900/69 menciona que é função da empresa pública a “exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de *contingência* ou *conveniência* administrativa” (grifos não constam do texto original).

Ora, já aqui cabe uma observação. O que é de conveniência administrativa? Quais são as circunstâncias contingentes que levam o Governo a agir por meio de uma empresa pública? Naturalmente a resposta seria que tais “critérios” estariam dentro da assim chamada discricionariedade do poder da administração. Isto posto, não há de fato limites que determinem quando pode ou não ser explorada a atividade econômica. Os critérios aqui, vale lembrar, não serão meramente técnico-jurídicos. Serão políticos. Mas uma vez que tais critérios de conveniência — portanto, políticos — figuram

(5) O monopólio do diamante foi estabelecido em 1739, embora desde 1731 o distrito diamantino já constituísse zona isolada da colônia, diretamente subordinada à corte, na qual a circulação de pessoas e entrada de colonos e escravos estivessem restritas (a esse respeito, ver J. FELÍCIO DOS SANTOS. *Memórias do Distrito Diamantino*. Petrópolis, Vozes. Ver também ROBERTO SIMONSEN, *op. cit.*, pp. 287-290).

(6) “Mauá, o maior empresário e banqueiro do Império, via com clareza a estrutura do seu tempo. Ele sofria como todos o dilaceramento de tendências opostas: reclama a liberdade para a empresa, mas não dispensa, senão que reclama estímulo oficial, envolvendo o Estado nos negócios, no esquema global”. RAYMUNDO FAORO, *op. cit.*, vol. II, p. 433.

dentro de um texto legal, não vejo como não caber ao jurista indagar também qual a conveniência e quais os critérios de conveniência de que pode fazer uso o governo.

Além disso, a definição legal de empresa pública no Brasil envolve o conceito de *atividade econômica*, mas não há menção alguma ao conceito de *serviço público*. No entanto, parece ser possível introduzir a questão do serviço público já que o Estado (o Governo) é levado a agir por conveniência *administrativa*.

De um ponto de vista formal poderá o serviço público ser aquele exercido pelo Estado? Em outras palavras, público é o serviço exercido pelo Estado ou existe realmente um conceito de serviço público materialmente definível, isto é, existe um conteúdo público em determinados serviços, quer exercidos por particulares, quer exercidos pelo Governo?

É preciso considerar o conceito de serviço público como uma categoria histórica: não há uma definição racional e abstrata do que é público. Vale dizer, a partição público/privado não é lógica, mas histórica. Esta mesma idéia já é manifestada pelos estudiosos do direito privado, considerando que a divisão do direito em público e privado é de conveniência "técnico-jurídica", mas não corresponde a uma *natura rei* (7). A partir desta tendência, pode-se indagar em que medida a empresa pública está materialmente sujeita à disciplina do público.

Ainda segundo a doutrina do direito administrativo, o serviço público pode ser caracterizado pelos seguintes traços: a) a permanência; b) a generalidade; c) a eficiência; d) modicidade dos custos (8). Ora, parece que tais traços já não são de modo algum exclusivos do serviço público estatal. Por inúmeras razões as atividades "privadas" no mercado tornaram-se de fato permanentes, gerais, buscando eficiência e barateamento de seus custos. Veja-se, por exemplo, que a empresa produtora de bens de consumo é geralmente montada para exercer suas atividades sem previsão de término (i.e., prazo indeterminado). Além disso, não escolhe seus clientes: pelo contrário, sua produção é destinada ao mercado em geral, sem distinções personalistas. Finalmente, pelas próprias leis do mercado sua sobrevivência dependerá de seu grau de eficiência e modicidade de preços perante seus concorrentes. Ora, esta parece ser a característica de toda empresa capitalista, colocada numa rede de relações de mercado por natureza impessoal (9).

(7) A esse respeito cf. FRANCESCO GALGANO, *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*. Bologna, Zanichelli, 1980.

(8) Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, pp. 268-272.

(9) Veja-se a obra organizada por STEFANO RODOTÁ, *Il Controllo Sociale delle Attività Private*. (Bologna, Il Mulino, 1979).

Isto nos demonstra a historicidade do conceito de serviço público e, via de conseqüência, seu progressivo alargamento. De um certo ponto de vista toda atividade no mercado é pública e a atividade econômica da empresa estatal seria, pois, “duplamente pública”: do ponto de vista material ou objetivo, porque sua atividade é de mercado; do ponto de vista formal, ou subjetivo, porque exercida “indiretamente” pelo Estado.

A questão torna-se de importância central pois, como visto acima, a disciplina jurídica da empresa pública deveria ser privada (art. 170, § 2º, da Constituição federal) no que diz respeito ao direito das obrigações e ao direito do trabalho. Mas se estivermos diante de um serviço público, onde estará a linha divisória do público e do privado?

Existem, porém, as disposições constitucionais relativas às empresas públicas e que podem ajudar a definir os serviços prestados ou as atividades por elas desenvolvidas.

Aqui convém retomar o que foi dito anteriormente: a Constituição federal refere-se a “atividade econômica” que o Estado queira explorar. Logo presume-se que não é típico da empresa pública dedicar-se a uma área reservada de algum setor da economia nacional. Pelo contrário, tais empresas querem significar a possibilidade de o Estado participar de qualquer momento ou segmento da vida econômica. Além disso, tal participação é decidida por critérios de “conveniência administrativa” e em caráter suplementar.

O que significa precisamente isto? Será que há atividades na vida econômica que, se um particular não exercer, causarão prejuízos a toda a comunidade? Então que espécie de atividade é essa que um particular gerencia e contrata e, no entanto, é tão essencial ao bem comum que o Estado não pode se furtar a desempenhar? Ou será que a atividade econômica de conveniência administrativa seria a atividade de base, solicitada por determinados grupos que não dispõem de *capital privado suficiente e, então, torna-se de interesse do Estado promover tal serviço?* Se isto for assim, fica bastante evidente que a atividade econômica empresarialmente organizada não é assunto de particulares ou simplesmente “privado”.

Qualquer conceito jurídico que tentemos estabelecer tendo como fundamento a atividade ou o objetivo da empresa pública esbarrará com esta dificuldade: a *summa divisio rerum* entre as esferas do público e do privado é forjada concretamente no processo histórico e aos juristas cumpre ter a sensibilidade suficiente para observar estas realidades e não servir-se de seus conceitos como um entrave pseudocientífico que os enreda a todos.

IV — *Atividade econômica*

Visto que o conceito nuclear da empresa pública é o desempenho de atividade econômica e não o de serviço público, torna-se necessário esclarecer em que modos pode ser desenvolvida uma atividade econômica e quais as equações jurídicas que precisamos desenvolver para resolver os muitos problemas que podem surgir.

Ora, atividade econômica não é conceito originariamente jurídico. Trata-se de um conceito do qual o direito se apropria para controlá-lo. Nada impede, portanto, que se busque fora do "ordenamento jurídico" ou do "sistema legal" as idéias e definições das quais se vale o raciocínio jurídico.

Assim, tomando-se uma perspectiva sociológica, percebe-se a atividade econômica de um lado como aquela atividade que busca uma utilidade. Desse ponto de vista weberiano ⁽¹⁰⁾, a atividade econômica é o processo *racional de ação* que persegue um fim determinado ⁽¹¹⁾. Esse agir racional, no entanto, pode perseguir duas ordens e idéias: ou valores ou utilidades. A perseguição de valores resulta numa atividade materialmente racional; já a perseguição da utilidade contenta-se com uma racionalidade *formal*, que significa alto grau de calculabilidade e previsibilidade, a despeito da escala hierárquica dos bens a serem alcançados. Em outros termos, existe apenas um "cálculo econômico" formalmente verificável, mas não concretamente avaliável em termos de participação social.

Ao dedicar-se a "atividade econômica", se mantivermos a terminologia weberiana, a que espécie de cálculo deveria ater-se a empresa pública? A um cálculo formalmente racional que permite a calculabilidade de sua atuação? Ou, ao contrário, a um cálculo materialmente racional que se volta para o cumprimento de uma atuação preocupada com a efetivação de dadas situações?

Numa sociedade concorrencional centrada no mercado, a empresa pública estará voltada à sua própria subsistência autônoma, logo dependerá da produção de excedente. E aqui se colocam nossos problemas. Na economia de mercado os resultados da atividade econômica são aleatórios. Logo haverá excedente ou não, isto é, além de lucro a empresa pode gerar prejuízo.

A questão é, pois, a seguinte: qual o regime de apropriação de excedentes (ou lucros) e qual o regime de distribuição de prejuízos?

Aplicadas as disposições de direito de obrigações à própria estrutura jurídica da personalidade da empresa pública, obtêm-se

(10) "Una acción debe llamarse "económicamente orientada" en la medida en que su sentido subjetivo esté orientado por deseo de obtener ciertas utilidades." *Economía y Sociedad* (trad. JOSÉ MEDINA ECHEVERRÍA et alii). 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 46.

(11) Sobre o conceito de ação social racional v. WEBER, *op. cit.*, p. 20.

simplesmente os resultados já conhecidos no direito privado em geral. Em primeiro lugar aos sócios cabe partilhar os lucros e, portanto, apropriar-se do excedente gerado no exercício da empresa. Mas, no caso da empresa pública sócio é o poder público, o Governo ou o Estado. Logo, o excedente seria apropriado pelo próprio Estado. Ocorre aí curioso fenômeno do autofinanciamento da sociedade. Normalmente por disposição de lei os excedentes gerados pela própria empresa são sua fonte de custeio. Ora, é sabido que esta disciplina jurídica corresponde ao desenvolvimento da concentração de capital. O aspecto positivo do fenômeno está, naturalmente, em que ele possibilitou todo o desenvolvimento tecnológico dos últimos dois séculos. Mas, negativamente, tornou a empresa um centro autônomo de interesses e decisões na organização social, capaz até de desvencilhar-se das solicitações do mercado consumidor de seus produtos.

Se ocorrer, porém, que a empresa se torne deficitária, a questão inversa também merece reflexão. É que neste caso os prejuízos seriam suportados pelo Estado ou pelo Governo. Caso a empresa seja considerada de "interesse público", como prosseguir na atividade? Parece que seriam usados no caso os mecanismos de dotações orçamentárias ou até de empréstimos e fundos compulsoriamente levantados. Estaríamos, então, perante o típico processo de socialização dos prejuízos. Aliás, mesmo que não usados mecanismos de dotação orçamentária ou outros semelhantes, a simples perda de uma parcela do patrimônio público "investido" na empresa pública já significará uma forma de socialismo de prejuízos.

Mas, obtidos os lucros, ficará ainda a questão: quais os critérios de decisão, por exemplo, dos reinvestimentos? O chamado "lucro social" (12) poderia ser controlado de alguma forma? A presente disciplina serviria a um controle público ou social do desempenho das atividades estatais? As questões podem ser colocadas sempre neste sentido.

V — O regime jurídico

Já anunciamos acima algumas questões que se colocam em torno de um sistema de regras jurídicas que precisam ser funcionais numa estrutura de interpretação do público e do privado.

É difícil falar-se hoje num regime jurídico que presida a disciplina geral da empresa pública. Em outras palavras, não parece haver atualmente um regime jurídico claro e consistente para elas.

(12) RENATO ALESSI (*Principi di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., vol. I, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 437 ss.) esclarece que a prestação do serviço público se distingue conforme este seja aproveitado pelos cidadãos *uti singuli* ou *uti universi*. Com qual critério julgar as empresas públicas e sua razão de ser?

Houve e há um tratamento casuístico que vai definindo a pouco e pouco, concretamente, uma série de regras das quais podemos tentar fazer um modelo provisório.

a) A forma societária

A disposição do art. 5º do Decreto-Lei nº 200 permite que a empresa pública seja estabelecida com qualquer forma de sociedade permitida em direito. Isto significa que as empresas públicas poderão ter forma de sociedade contratual ou estatutária. Evidentemente, se a totalidade do capital pertencer à União, fica afastada qualquer forma societária que não a companhia. Resta, pois, no caso de participação exclusiva da União no capital da empresa pública, suspensa uma hipótese de contrato social, isto é, de mecanismos pessoais de controle da sociedade (E.P.).

Neste caso a empresa pública seria como que uma subsidiária integral. No entanto, a possibilidade de fazer-se uso de uma forma contratual de sociedade fica aberta no caso do art. 5º do Decreto-Lei nº 900/69, isto é, quando estiver aberta a participação a outras pessoas de direito público interno, às autarquias e às entidades da administração indireta.

Aqui, novamente surgem duas ordens de complicações. Em primeiro lugar haverá o envolvimento em relação societária de várias espécies de pessoas, submetidas ao direito público ou ao direito privado. No segundo caso haveria, por exemplo, a questão de participação de duas esferas de governo: estadual e federal. Veja-se o possível envolvimento de entidades federais e estaduais numa só estrutura societária.

Em todas as duas sortes de problemas societários — isto é, os derivados da participação de diversas esferas de governo e os derivados da participação da administração direta e indireta a um só tempo — fica patente a questão que de outro modo estava esquecida: surge dentro da sociedade-empresa pública alguma subordinação entre seus constituintes? Assim um nível de governo seria superior a outro, ou um órgão da administração superior a outro?

Ora, esta situação hipotética tem interesse, a nosso ver, para desmascarar a pretensa autonomia da empresa pública. Enquanto centro personalizado de imputação de relações jurídicas, aparece a questão da "formação da vontade" do ente coletivo, ou, colocando o problema nos termos do moderno direito empresarial, na constituição e atuação de um sistema de controle empresarial. Assim a empresa pública, cuja criação se justificaria pela concessão de uma autonomia gerencial, está na realidade presa a seu controlador (o ministério ou o ministro?) que tem capacidade de substituir

a qualquer momento uma diretoria da empresa-pública, que se torne, dentro do Governo, um foco de tensão e resistência a determinadas orientações. É claro que a questão torna-se evidentemente política e pode ser deslocada para o nível mais amplo do próprio controle do Estado enquanto aparelho de poder. Mas assumindo-se que há uma relação de poder, o jurista não pode se esquecer de que sua indagação é mesmo sobre estes "mecanismos". Criar a possibilidade de efetiva autonomia da empresa pública supõe admitir que a descentralização administrativa deve conter um grau de descentralização decisória, ou então denunciar a descentralização administrativa como uma complicação que serve aos propósitos apenas de um sistema burocrático sem finalidade exterior a si mesmo.

Claro que o atrelamento das empresas públicas no Brasil é total relativamente a um sistema de governo e não significa qualquer benefício ao desenvolvimento de um modelo alternativo de economia. Em resumo, olhada deste ângulo, a empresa pública confirma a forma patriarcal-burocrática de organização do País em todos os setores (13).

Mais ainda: é este atrelamento patriarcal-burocrático que coloca a pergunta: afinal, o Estado responde ilimitadamente pelos atos da empresa pública? A sua personalização com um patrimônio distinto implica separação de responsabilidades: é possível, pois, aplicar-se o art. 242 da Lei nº 6.404/76 por analogia, já que não há nenhuma outra letra de lei que impeça a falência das empresas públicas. Vale dizer, se a sociedade de economia mista não pode falir, mas seu controlador é subsidiariamente responsável, maior razão caberá à aplicação deste dispositivo às empresas públicas, muito embora sua forma de direito privado não impeça a decretação de sua quebra.

b) Obrigações da empresa pública

b.1. Contratos

Dizer-se que às empresas públicas há de ser aplicado o direito privado no que diz respeito às suas obrigações (art. 170, § 3º) significa, entre outras coisas, que se poderá inserir na administração o princípio da disposição. Isto torna possível o compromisso e a transação, que em matéria de direito público — isto é, quando o soberano está envolvido na relação obrigacional na sua qualidade de autoridade — não podem existir propriamente. Isto porque a "autonomia da vontade" que permite a transação entre os parti-

(13) Sobre o modelo jurídico do desenvolvimento promovido pelo Estado brasileiro nas últimas décadas, cf. JOSÉ EDUARDO FARIA, *Direito, Modernização e Autoritarismo: Mudança Sócio-Econômica e Liberalismo Jurídico*. São Paulo, tese, 1981, esp. pp. 161-171.

culares, tem um complicador quando se refere à empresa pública: a sua vontade, embora formalmente de direito privado, é substancialmente de interesse público. A simples adoção de tais equacionamentos privatísticos ou publicitários é muito mais complicadora da solução do que se pode supor à primeira vista.

b.2. *Empregados e pessoal*

Os cargos que existem dentro de uma empresa pública são afinal cargos públicos? Outra vez estamos diante de um sistema híbrido. Na atual experiência brasileira os empregados das empresas públicas são normalmente contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Por que este sistema? De início, responde-se, porque é o regime que se aplica a todas as relações de emprego que não as de emprego público. Mas isto é também ilusório. Sabe-se que uma das justificativas para a criação das empresas públicas é a agilização e aumento da eficiência dos serviços que o Estado vem desempenhar. Ora, reconhecidamente, no Brasil, o emprego público sofreu de alguns males crônicos: o regime de apadrinhamento para a colocação de funcionários e a baixa eficiência (produtividade?) dos mesmos. Será que a contratação sob o regime da CLT tem algum efeito sobre eles de modo que a empresa pública, ao empregar o sistema de CLT, disporá de maior eficiência? Creio que não: a questão do apadrinhamento independe de penas da lei e a eficiência do serviço se liga a muitos fatores estruturais da organização social brasileira. Pelo regime de CLT em princípio a única coisa que se cria é a *instabilidade* no emprego, sem que se garanta que os funcionários graduados e principalmente os ocupantes de cargos gerenciais usem de critérios objetivamente subordinados ao interesse público. Ora, ao assumirem funções de "patrão", os ocupantes de posições gerenciais terão ao seu dispor um arbítrio que pode significar: a) o uso privatizante de empregos de administração indireta, embora ainda *administração pública*, para qualquer fim, já que a contratação obedece a critérios privatísticos e não públicos; b) o regime de apadrinhamento tranquilamente continuado já que nesse regime sim é que se volta ao sistema de administração por meio de uma dominação burocrático-patrimonial segundo a tipologia de WEBER.

Finalmente, o Direito Tributário vai a pouco equiparando de modo completo a empresa pública às empresas privadas. Assim é que o art. 170, § 3º, da Constituição federal submeteu a empresa pública ao mesmo regime de tributação das pessoas jurídicas de direito privado em geral. No que diz respeito aos impostos estaduais, por outro lado, não há possibilidade constitucional de a lei ordinária federal criadora da empresa pública conceder isenção, por força do art. 19, § 2º, que exige para o caso a lei complementar. Logo, as empresas públicas não podem gozar dos privilégios fiscais da

União, perante Estados e Municípios, a despeito do que eventualmente prescrevam, quanto a este ponto, as leis ordinárias que as criem (14).

VI — Controle das atividades da empresa pública

Não se pode encerrar uma visão panorâmica do regime jurídico das empresas públicas sem fazer-se referência à sua subordinação a uma forma de controle social.

É verdade que existe um movimento de publicização da atividade empresarial, significando uma ampliação do espaço aberto dentro das sociedades anônimas e das respectivas atividades para a intervenção de interesses outros que os dos acionistas ou sócios. Neste sentido deve-se entender a menção à “função social” da companhia e aos interesses dos que nela trabalham e da comunidade em que atua feita pelo art. 116. parágrafo único, da Lei nº 6.404, de 1976. Assim também deve-se interpretar o movimento de “privatização” dos agentes econômicos do Estado, isto é, no sentido de que, embora sejam tais agentes subordinados a um regime de direito privado, não escapam às formas já consagradas de controle do patrimônio público e do erário.

Esta a razão pela qual também os atos lesivos ao interesse das empresas públicas são passíveis de anulação por meio da ação popular (art. 1º da Lei nº 4.717, de 1965). Aqui, no entanto, convém-nos fazer uma nova avaliação dos caminhos que se abrem no horizonte do direito brasileiro e da experiência estrangeira. O que deve nos interessar não é apenas o ponto de vista da empresa pública como produtora de lucros, mas como agente de finalidades sociais. É preciso, pois, perceber que a discussão a ser feita juridicamente não é somente sobre a exegese do art. 170 da Constituição federal, apenas para desfiar um rosário de motivos contra a estatização da economia. O arsenal de idéias jurídicas não se precisa concentrar na defesa dos interesses da empresa privada, de cunho monopolista ou multinacional. A verdadeira questão a ser analisada pelo direito é a do controle da empresa pública para que se realizem os dois princípios contidos no comando do art. 160 da Constituição federal: “desenvolvimento e justiça social”.

Naturalmente desenvolvimento nacional não significa acumulação e centralização constante do capital nas mãos dos grupos privados, nacionais ou estrangeiros. Deve antes significar mudança e melhora substancial nas condições de produção e consumo da riqueza social. Ora este fato desloca o nosso ponto de vista das disputas em torno do favorecimento ou não dos grupos econômicos

(14) É esta também, nos parece a opinião de LUCIA VALLE FIGUEIREDO em *Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, p. 48.

privados, para a mais fundamental observação das condições de vida dos cidadãos. Logo surgem as questões mais essenciais: a empresa pública tem o privilégio de se instalar de modo a vir a afetar o meio ambiente? Pode vir a comportar-se perante os seus empregados simplesmente como o empresário privado? Pode recusar-lhes direitos básicos como sindicalização ou greve, mesmo que se trate de atividade qualificada como de "interesse da segurança nacional?" É sobre esta espécie de decisão da empresa pública que se faz necessário o controle social. Por isso a ação popular deve ter ampliado seu objetivo, de modo que venha a ser usada eventualmente para impugnar a direção da empresa não apenas quando há lesão do patrimônio desta, mas também quando ela se afasta dos fins sociais definidos pela Constituição.

Indagações desta natureza ampliam a perspectiva da qual se encara a atividade do Tribunal de Contas da União. Para os arts. 70, § 1º, e 72, da Constituição federal, a fiscalização a ser exercida externamente sobre o Poder Executivo, via Tribunal de Contas e Congresso Nacional, resume-se às despesas e ao uso dos dinheiros públicos. Também a Secretaria de Controle das Empresas Estatais — SEST, criada pelo Decreto nº 84.128, de 29 de outubro de 1979, não quer referir-se às questões básicas que acima levantamos. Além disso, a SEST tornou-se uma espécie de perversão da reforma implantada pelo Decreto-Lei nº 200/67, ao submeter todas as estatais (aí incluídas as empresas públicas) a um único Ministro, o Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República. Na medida em que faltarem controles efetivos da sociedade civil, isto é, do público, sobre o Ministro, faltarão também controles sobre as empresas públicas.

Sumariando, é preciso dizer que o estudo da empresa pública não pode ser feito de uma perspectiva de simples eficiência econômica, nem da defesa do capital privado. O Brasil de hoje exige do jurista o estudo da questão do ponto de vista da defesa dos interesses populares, das massas marginais e da imensa população afastada das decisões econômicas que afetam as condições de emprego, de investimento, de prioridades. São os mecanismos jurídicos do controle social sobre as atividades empresariais (públicas ou privadas) que reclamam aperfeiçoamento. Dirão alguns que esta tarefa não pertence aos estudiosos do direito privado. Esta observação só se faz quando se ignora o mercado como o lugar da realização dos interesses privados. Os controles de que falamos são do tipo que visa recompor as forças atuantes no mercado, quer produzindo — como trabalhadores —, quer consumindo — como usuários ou consumidores. O direito empresarial deixa de ser o direito que disciplina apenas as relações entre os empresários e passa a ser também aquele relativo às relações da empresa com o mercado.