

# Estadualização e municipalização de empresa pública e sociedade de economia mista

RUBEM R. NOGUEIRA

Professor Titular na Faculdade de Direito  
da Universidade Católica da Bahia. Do  
Instituto dos Advogados Brasileiros.

Doutrinariamente falando, e parece que quanto a este aspecto do problema não há discrepância digna de comentário, a empresa pública e a sociedade de economia mista se caracterizam pelo papel excepcional que o Poder Público desempenha no seio delas.

Não é a simples presença do Estado, como acionista, que as distingue dos demais entes privados regidos pela legislação ordinária das sociedades anônimas, nem também, quanto às segundas, o fato de integrá-las o Estado como detentor de mais de cinquenta por cento das ações com direito a voto.

Nada impede que o Estado participe de uma sociedade mercantil, com a maioria do capital, portanto com o controle acionário, praticando contudo apenas os atos de administração e comando permitidos pelas

normas de *coordenação* da lei geral das sociedades anônimas. Verificada essa hipótese, cuja ocorrência seria perfeitamente normal, a sociedade constituída não poderia, no entanto, chamar-se de *economia mista*, mas uma sociedade anônima como outra qualquer, dentre as milhares que dentro ou fora do País existem, regidas pelo respectivo direito positivo. A disciplina legal aplicável às sociedades mercantis assim organizadas necessariamente tinha de ser a legislação *federal* das sociedades anônimas, que os Estados-membros e Municípios seriam obrigados a observar nas entidades de fins econômicos por eles constituídas, sem a mínima possibilidade de introduzir quaisquer preceitos derogatórios do direito comum, uma vez que só a União exerce a competência constitucional de legislar acerca de direito mercantil. Ao passo que é da substância das pessoas jurídicas em exame o caráter derogatório do direito comum, precisamente porque com elas o Poder Público consegue realizar, como melhor lhe pareça, seus objetivos econômicos.

O Estado intervencionista socorre-se dessas instrumentalidades: empresas públicas e sociedades de economia mista, para poder exercer, como vantagem, a faculdade de intervenção no domínio econômico, o que lhe enseja editar normas de *subordinação* que, ao menos teoricamente, lhe asseguram os resultados procurados.

Mas as unidades federadas e os Municípios, no ordenamento jurídico comandado pela Constituição, não dispõem dessa mesma prerrogativa. A intervenção deles no processo econômico sujeita-os a todas as normas *mercantis* vigentes no território nacional, só podendo instituir aquelas empresas e sociedades de acordo com os preceitos legislativos elaborados pela União. Esta, sim, é que pode promulgar direito novo, no caso direito anômalo ou *jus singulare*, capaz de legitimamente contrapor-se ao direito comum.

Quando a Constituição Federal, no art. 163, faculta a intervenção no domínio econômico, expressamente o faz em favor da União. Esta é que é titular do direito subjetivo de, por lei *sua*, efetivar tal atividade pragmática. Essa lei *federal* por si mesma está a definir uma competência privativa. Editando-a, a União tem o poder — que mais ninguém possui neste País, ao menos até agora — de contrariar o direito comum. Se ela mesma promulga norma jurídica complementar da legislação comercial vigente, mas sem contrariar esta, a nova norma não pode fazer surgir sociedade de economia mista nem empresa pública. Ou a lei condicionadora dos novos entes derroga o direito comum, ou não derroga, e na segunda hipótese, a sociedade não será de economia *mista* nem a *empresa pública*.

Dáí porque as chamadas sociedades de economia mista dos Estados-membros ou dos Municípios não o são a rigor, visto como as unidades federadas e os Municípios devem obediência ao direito civil e comercial e não podem editar regras jurídicas, transgredindo-os. Pouco importa que Estados e Municípios apelidem de economia mista ou de empresa pública os organismos de fins econômicos que instituem. Estas

poderão ser assim chamadas, mas gratuitamente, ou como foi apelidado de peixe o leitão assado que, segundo a anedota, certo sacerdote, durante a semana santa, à falta de peixe para ser comida pelos convidados, benzeu e disse: "Podem comer que é peixe".

Nas palavras de um entendido na matéria, "as sociedades de economia mista constituem uma técnica original de intervencionismo do Estado, que se prende ao desejo de controle que a Administração quer exercer".

Evidentemente esse *controle*, para ser adequado e vantajosamente efetivado, exige regras jurídicas *excepcionais* que os legisladores menores, atenta a distribuição constitucional das competências legiferantes, não têm autoridade para fazer, sob pena de nulidade plena e absoluta. (Constituição Federal, art. 163 e, de modo especial, o art. 8º, inciso XVII, letras *a* e *b*.) Dessa esfera de poder legiferante da União está excluída a competência *supletiva* dos Estados. (Parágrafo único do art. 8º) Não vejo, assim, de que forma, juridicamente falando, se constituiriam empresas públicas ou sociedades de economia mista que não fossem *federais*. Como órgãos da Administração Indireta, estão sujeitos a numerosos e variados controles excepcionais que só normas também excepcionais ou de direito singular, validamente podem prescrever.

A doutrina e a jurisprudência, entre nós, como em geral nos países de sistema jurídico semelhante, afeiçoaram-se de longa data a um tipo societário muito diferente. De fato, domina no direito privado o pensamento da inviabilidade de sociedade de apenas um sócio, quer no momento de sua composição quer em virtude de fatos posteriores. Reduzida a um só sócio, a sociedade comercial *desaparece de pleno direito*. Não existe, portanto, sociedade de um só sócio, no direito comum (v., p. ex., CARLOS FULGÊNCIO CUNHA PEIXOTO, "A Sociedade por Cota", vol. II, pág. 44; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado de Direito Comercial", vol. III, nº 790).

Não é outro o entendimento jurisprudencial. Em acórdão unânime de 26-12-1972, na Ap. nº 24.049, sendo Relator o Juiz Alberto Lacerda, decidiu a 5ª C. C. do Tribunal de Alçada da Guanabara que *não há, no direito brasileiro, sociedade de sócio único* (Rev. For. 248/249).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, julgando o RE nº ... 56.695-GB, por acórdão unânime de 14-5-1965 de sua Eg. Segunda Turma, chegou ao entendimento de *não existir sociedade, onde não se obriguem duas ou mais pessoas* (Cfr. RTJ, 33/744. Grifamos).

Até aí, o fato jurídico normal, entre particulares.

Novas necessidades engendradas pelo apetite intervencionista do Estado contemporâneo nos domínios da economia criaram porém novas figuras societárias, cuja natureza, segundo alguns, é de puro direito público, ainda quando nelas figure o Estado como participante ao lado de particulares, a fim de dar cumprimento aos fins de interesse coletivo por ele visados. É o caso das empresas públicas e das sociedades de eco-

nomia mista, umas e outras não raro constituídas de um único sócio, mesmo quando organizadas sob a forma de sociedades anônimas.

O declínio das sociedades de economia mista, entrevisto no começo dos anos cinquenta, em estudo de grande repercussão, por BILAC PINTO, coincidiu, ao menos entre nós, com o início de uma fase de florescimento dessas entidades. De umas poucas que tínhamos, passamos a possuir um elenco vultosíssimo delas, antes de ingressarmos na terceira etapa evolutiva anunciada por aquele trabalho pioneiro, a saber, o da empresa pública.

Sem embargo da excepcionalidade dos bons resultados produzidos pela associação entre Estado e particulares, visto como estes só têm em vista o seu interesse pessoal, a obtenção de lucros elevados garantidores de altos dividendos, ao passo que o Estado intervém com o intuito de salvaguardar o interesse geral (Cfr. BILAC PINTO, "O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas", *in RDA*, vol. 32/1-15), o poder público, precisamente nos últimos vinte anos, dilatou o seu intervencionismo na esfera econômica, adotando, para isso, de preferência, a organização de sociedades de economia mista. COTRIM NETO diz que "atualmente o Governo alterna o seu prisco interesse pela estrutura empresarial de economia mista com o interesse pela recente intervenção jurídica, esta sociedade pública de membro único, ou, mesmo — subespécie de empresa pública — a sociedade integrada meramente por entidades públicas ou por entidades anexas do Estado (A. B. COTRIM NETO, "Teoria da Empresa Pública de Sentido Estrito", *in RDA*, 122/21-56, parte citada à pág. 39).

Das mil maiores empresas que operam no Brasil, segundo recentes declarações do Ministro Reis Velloso à imprensa, 122 são estatais e, em estudo publicado há cinco anos, o Ministro Themístocles Cavalcanti dava como uma das suas conclusões que a "alta cotação das ações das sociedades de economia mista no mercado financeiro indica o fortalecimento de sua economia e o seu sucesso" (THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, "Sociedade de Economia Mista — Sua Natureza e Seus Problemas", *in RDA*, 103/15).

Em torno porém desses novos entes, tanto as sociedades de economia mista como as empresas públicas, alguns pontos ainda restam a atrair o estudo desinteressado.

De resto, sociedades de economia mista há que equivalem a empresas públicas, ou por exercerem monopólios, como a PETROBRAS ou por admitirem uma participação meramente simbólica de capitais particulares. O Tribunal de Contas da União recentemente considerou apenas *nominalmente* de economia mista determinadas entidades com esse título, mas cujo capital, sendo praticamente só de origem pública, as converte em empresas públicas, por falta de subscrição privada que a seu ver caracterizaria a natureza mista (Cfr. decisão de 6-3-75, Rel. Min. Glauco Lessa de A. e Silva, *in RDA*, 121/356-359). A Súmula nº 7, do TCU, por sinal, está assim redigida: "Tal como as empresas públicas,

estão sujeitas à prestação de contas, perante o Tribunal de Contas, as entidades criadas por lei, sob a forma de sociedades de economia mista, enquanto a União ou outras pessoas de direito público interno e órgãos de suas administrações indiretas detiverem a exclusividade do capital social e a despeito de estar prevista a possibilidade de tomada de ações por particulares enquanto essa faculdade não venha a ser exercida ou esteja reduzida a uma participação simbólica". (Grifamos.)

Compondo, uma e outras, na esfera federal, a Administração Indireta, veio a lei e a cada uma definiu com precisão, de maneira a afastar as ambigüidades que até ali toldavam a compreensão do tema. Assim, empresa pública é "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". E sociedade de economia mista é "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" (DL nº 200, de 25-2-1967, art. 5º, II e III, com a redação dada pelo DL nº 900, de 29-9-1969).

Como visto, as duas novas entidades paraestatais têm requisitos comuns (umas e outras são: 1) dotadas de personalidade jurídica de direito privado; e 2) criadas por lei para o desempenho de atividade econômica). As empresas públicas, por sua vez, têm patrimônio próprio e capital exclusivo da União, podendo revestir-se de qualquer das formas societárias pela ordem jurídica admitidas. As sociedades de economia mista, ao contrário, assumem sempre a forma de sociedades anônimas, cujas ações com direito a voto pertençam, majoritariamente, à União ou a entidade da Administração Indireta, salvo quando a atividade for submetida a regime de monopólio estatal, caso em que apenas à União caberá, permanentemente, a maioria acionária.

Do requisito comum — criação por lei — alguns corolários podem ser estabelecidos, tanto mais necessários quanto é certo que os interesses coletivos prioritariamente visados por essas novas instrumentalidades da ação do Poder Público no domínio econômico sugerem a adoção de providências que os acautelem convenientemente.

O primeiro corolário é que a lei referida acima é lei *federal* e de natureza excepcional (*jus singulare*), *derrogatória do direito comum* (legislação comercial vigente). É um dos pressupostos desses entes paraestatais. Se cria uma entidade social para intervir no domínio econômico, sem nenhum traço distintivo das sociedades comuns, antes pelo contrário sujeita a todas as regras postas na legislação disciplinadora da conduta das sociedades conhecidas no direito brasileiro, não estará a lei criando nem sociedade de economia mista nem empresa pública. O que caracteriza uma e outra é serem dotadas de prerrogativas excep-

cionais, de todo conflitantes com as das sociedades mercantis dos vários tipos. A lei que as instituiu é, assim, uma lei de exceção, uma lei que contravém a restante legislação, uma lei inconciliável com o direito comum. Dado pois o conteúdo normativo da lei criadora de tais entidades, forçoso é concluir que só o legislador da União pode editá-la. Haja vista o disposto nas leis instituidoras das mais novas empresas públicas federais (Portobrás e Imbel), de nºs 6.222 e 6.227, ambas de 1975. Uma e outra prescrevem que não se aplicam à Portobrás e à Imbel, respectivamente, esta última quando transformada em sociedade de economia mista, as disposições dos itens 1º e 3º do art. 38 e no parágrafo único do art. 81 do Decreto-Lei nº 2.627/1940 (Lei das Sociedades Anônimas), bem como no § 5º do art. 45 da Lei nº 4.728/66 (Lei do Mercado de Capitais). Nenhuma empresa pública estadual ou municipal poderia conter norma idêntica, é óbvio, visto tratar-se de legislação de observância obrigatória em todo o território nacional. Nunca seria uma lei do Estado-membro, nem tão pouco do Município, visto que nenhum dos dois tem competência para legislar sobre direito substantivo. Fora da União esse poder legiferante não é outorgado a nenhuma outra esfera política. Somente ela o exerce, nos termos do art. 8º, item XVII, alínea b, da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69, combinada com o art. 43, *caput*.

Ocorre ainda que o intervencionismo estatal no domínio econômico está previsto expressamente na Constituição (art. 163) como uma faculdade a ser exercida mediante *lei federal*. A melhor interpretação desse preceito que se arrima aliás no direito anterior, conforme opinião do Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, é a que afirma a exigência da lei federal não apenas para a monopolização de indústria ou atividade, mas também para a intervenção no domínio econômico (V. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969)", 3º vol., 1975, pág. 180). A lição de PONTES DE MIRANDA é, da mesma forma, positiva e líquida, nos seus extensos comentários sobre o ponto em exame. De fato, após salientar que a medida intervencionista a) exige lei, b) se funda no interesse público e c) não pode ofender a qualquer direito fundamental assegurado na Constituição, faz a seguinte advertência confirmatória do que anteriormente dissemos:

"O Poder Judiciário pode julgar as demandas em que se argúa de faltar à lei interventiva um dos três pressupostos necessários, sem se falar da *legitimação ativa*, porque somente a União pode fazer tais leis. Só a União intervém. A União somente pode intervir se o faz em *lei*. Em lei, a União só intervém legitimamente se há uma das indispensabilidades que justifique a intervenção. Se há interesse público em se intervir e a intervenção é em virtude de lei federal, essa lei há de ter respeitado os *direitos individuais* a que o próprio art. 163 da Constituição de 1967 se refere." ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969" — 2ª ed. revista — tomo VI — 1972 — págs. 70-1.)

Também para o Prof. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRI-NHO somente à União Federal cabe a iniciativa da criação de empresas públicas de natureza paraestatal (Cfr. "Empresas Públicas no Brasil", pág. 101). No que respeita aos Estados-membros, falta-lhes competência para criarem empresas públicas, porque só a União tem essa competência determinante, ou capacidade singular, para intervir no domínio econômico, segundo dispõe o art. 163 da Constituição (*Id., id.*, pág. 163).

Igual entendimento é o que podemos ter, em relação ao disposto na Lei nº 6.223, de 14-7-75, que regula a fiscalização financeira e orçamentária da União pelo Congresso Nacional. No art. 7º refere-se ela às entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, cujo capital pertença, exclusiva ou majoritariamente, à União, ao Estado, ao Distrito Federal, a Município ou a qualquer entidade da respectiva administração indireta, para o efeito de submetê-las à fiscalização financeira do Tribunal de Contas *competente*, isto é, federal, estadual ou municipal, "sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo".

A primeira vista ou segundo uma interpretação simplesmente literal do texto, estaria aí consagrada a existência de empresas públicas ou de sociedades de economia mista estaduais e municipais. Considerando, porém, como hoje não é mais fundamentadamente contestado, que da substância dessas entidades é o caráter *derrogatório do direito comum das sociedades*, e não podendo, quer o legislador do Estado-membro, quer o do Município, editar normas de direito comercial, por força da reserva constitucional em prol do legislador da União, a inteligência possível do sentido e alcance do art. 7º da Lei nº 6.223/75 parece ser que as empresas públicas ou as sociedades de economia mista estaduais e municipais, ali designadas, devem sua existência a leis *federais*, ou não serão propriamente entidades dessa natureza, salvo no nome.

A lei específica (*jus singulare*) que institui esses tipos de entes paraestatais pode estabelecer prescrições excepcionais, em verdadeiro antagonismo com a legislação ordinária vigente e por isto mesmo derrogatórias dela. Mas isso escapa inteiramente à competência legislativa dos Estados-membros e Municípios, uns e outros sujeitos sempre às leis mercantis que nunca podem alterar.

Conseqüentemente, não haveria empresa pública nem sociedade de economia mista de criação dos Estados-membros ou dos Municípios. Estes ou criariam sociedades apenas nominalmente designadas como de economia mista, mas em tudo coerentes com as normas (federais) da legislação comercial em vigor (o que importa em dizer que não teriam instituído sociedades de economia mista propriamente ditas), ou as criariam inconstitucionalmente, isto é, mediante leis que contivessem disposições contrárias ao direito comum das sociedades mercantis.

Assim há já algum tempo pensamos dever colocar-se o problema (Cfr. *RDA*, vol. 99, págs. 33-43), sem embargo de opiniões divergentes. Uma destas é a do Prof. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em monografia de real merecimento ("Prestação de Serviços Públicos e

Administração Indireta”, S. Paulo, 1973), onde o brilhante administrativista paulistano, revelando largos recursos dialéticos, distingue entre sociedades prestadoras de atividades de exploração do domínio econômico e sociedades prestadoras de serviços públicos. Estas últimas, como bem explica, os Estados e Municípios podem instituir, segundo normas de direito administrativo que uns e outros expedem no exercício de competência própria. Reconhece, porém, ser-lhes vedado editarem regras, em se tratando de sociedade prestadora de atividades de exploração do domínio econômico. (Ob. cit., págs. 106-109.)

As empresas aqui e agora consideradas, engajadas que estão no processo de desenvolvimento econômico, têm um fim de interesse geral, de que não as afasta a sua estrutura jurídica formal. A lei, que as institui, ou contém preceitos opostos a normas da lei das sociedades mercantis, ou não terá criado uma verdadeira sociedade de economia mista, porquanto “é substancial à economia mista o caráter derogatório do direito comum” (DUCOULOUX). São os princípios jurídicos de incidência geral que ela contraria, tirando-lhes a eficácia. Esta é a nota diferencial de tais entidades, segundo amplos setores da doutrina. Não chega a ser suficiente, para caracterizá-las, a participação, ainda que majoritária, do Estado no capital social. A natureza desses entes novos do direito econômico vem de que, em cada caso, a lei instituidora ou autorizativa dita preceitos que entram em choque com as normas jurídicas disciplinadoras da vida das sociedades mercantis.

Em recente estudo, o Prof. EROS ROBERTO GRAU coloca-se entre os que afirmam a necessidade de lei especial, *derrogadora da legislação comercial comum*, para dar existência a esses novos tipos societários, chegando também, por isto mesmo, à conclusão da “inviabilidade jurídica da existência de sociedade de economia mista a nível estadual ou municipal, salvo na hipótese de virem a ser criadas por lei federal” (EROS ROBERTO GRAU, “Considerações a Propósito das Sociedades de Economia Mista”, in *Revista de Direito Público*, nº 17, pág. 128).

Só nesse sentido, sublinha-se ali, é que se pode entender a referência do art. 12 do DL Complementar nº 7, que instituiu o PIS, às sociedades de economia mista e também às empresas públicas estaduais ou municipais.

Aludindo ao tema da necessidade de lei criadora desses entes, o Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI escreve:

“A criação por lei permite, pelo menos quando a lei é federal, estabelecer algumas peculiaridades na estrutura e funcionamento da empresa” (“Sociedade de Economia Mista, Sua Natureza, Seus Problemas”, in *RDA*, 103/12).

“Pelo menos quando a lei é federal”, diz o ilustre publicista, dando a entender assim que a lei pode provir de algum ente político menor (Estado-membro ou Município). Cuidamos, no entanto, que atribuir a Estado-membro, ou a Município a faculdade de instituir empresa

pública ou sociedade de economia mista, seria favorecer o surto de inconstitucionalidades manifestas, porquanto esses entes políticos só poderiam fazê-lo editando normas legais conflitantes com a legislação reguladora da vida das sociedades mercantis, que foi deixada à competência privativa do legislador da União. Haja vista, por exemplo, o decreto promulgado pelo Chefe do Executivo gaúcho, sob o nº 23.974, de 8-7-75 e a que se reporta JOSÉ JAPPUR, in "A Dialética do Controle Financeiro" (RDA, 122/425).

Esse decreto "dispõe sobre o controle externo dos órgãos da administração indireta do Estado" e no art. 5º prescreve o seguinte:

"Para os efeitos deste Decreto, as entidades pelo mesmo abrangidas submeterão oportunamente suas propostas de reforma de estatutos ou outros atos normativos, através do competente Secretário de Estado, a prévio exame do Governo do Estado, de modo que, antes de decorridos 90 dias, possam as alterações tornar-se efetivas."

Ficou assim golpeada a competência deliberativa dos órgãos societários aos quais pela Lei das Sociedades Anônimas cabe proceder à reforma dos estatutos respectivos. Mas, contrariando o disposto na lei comum das sociedades anônimas, só poderia dispor uma lei da mesma hierarquia, portanto uma lei *federal*, em virtude da competência privativa da União para legislar sobre direito comercial (Constituição, art. 8º, XVII, alínea b).

Em que pese, assim, à concessão feita pelo douto THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, parece que somente lei *federal* tem o poder de instituir empresa pública ou sociedade de economia mista, e lei federal com esse caráter já antes sublinhado, de *excepcionalidade*, ou seja, conforme a lição de SANTIAGO DANTAS acerca do tipo de norma jurídica *singular* de mais imediata identificação: aquele em que o legislador abre, com as suas próprias palavras, exceção a um princípio, conceito ou norma de significação contrária (Cfr. "Problemas de Direito Positivo", pág. 219).

A empresa pública (o mesmo pode ser dito da sociedade de economia mista) rege-se a um tempo pelo direito comercial e pelo direito administrativo, como escreve MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, "dependendo de prévia autorização legislativa *federal*" (v. o seu "Empresas Públicas no Brasil — Ação Internacional", Ed. Resenha Universitária, S. Paulo, 1975, pág. 101).

Estados e Municípios, ou não têm o poder de criar tais entes, ou os criarão apenas nominalmente, sem que eles constituam genuínas empresas públicas ou sociedades de economia mista, a saber, serão sociedades mercantis em tudo disciplinadas pelas normas da legislação federal das sociedades mercantis, embora nelas figurando o Estado como acionista majoritário. Fora daí, estarão praticando atos nulos, por inconstitucionais. Razão, pois, assiste a EROS ROBERTO GRAU quando

escreve: "Se existe um conceito jurídico para estas entidades, caracterizado pela sua criação através de lei, com excepcionalidade de poderes conferidos ao Poder Público dentro da estrutura social, em relação às normas de Direito Privado, parece indiscutível ser vedado aos Estados — bem como aos Municípios — criá-las sem incidirem no vício de inconstitucionalidade" (EROS ROBERTO GRAU, "Controle das Sociedades Anônimas com Participação Estadual Majoritária", *in Revista de Direito Público*, nº 30, pág. 25).

Admite o Prof. COTRIM NETO a existência, no Brasil, de dois tipos ou subespécies de empresas públicas, sendo uma a genuína empresa pública, formada com o capital exclusivo da União, nos termos do art. 5º, II, do DL nº 200/67 com a redação nova que lhe deu o art. 1º do DL nº 900/69; e a outra "a empresa pública imprópria", "porque organizada como sociedade integrada pela União, que deterá a maioria do capital votante", e por "outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios" (Decreto-Lei nº 900/69, art. 5º — Cfr. RDA, 122/39).

Nos termos da lei definidora das entidades integrantes da Administração Federal Indireta (DL nº 200/67, com a redação dada pelo DL nº 900/69), o traço diferencial da empresa pública, no que se refere à origem do capital social, é que este é exclusivo da União, ressalvada a hipótese prevista no art. 5º do DL nº 900/69. Já na sociedade de economia mista as ações com direito a voto pertencem majoritariamente à União ou a entidade da Administração Indireta.

As duas leis autorizativas da instituição das novas empresas públicas PORTOBRÁS e IMBEL provieram da mesma fonte produtora da legislação mercantil (o legislador federal ordinário), sendo assim normas jurídicas de hierarquia idêntica, podendo uma modificar ou revogar a outra, ou uma dispor de modo a estabelecer antagonismo ou conflito com o disposto na outra.

No caso, as citadas Leis n.ºs 6.222/75 e 6.227/75 implicaram esse resultado, como genuínas leis de caráter excepcional que são, quando ambas prescrevem (a Lei nº 6.222, no art. 17; a Lei nº 6.227, no art. 16) que não se aplicam respectivamente à PORTOBRÁS e à IMBEL, esta quando transformada em sociedade de economia mista, o disposto nos itens 1º e 3º do art. 38 e no parágrafo único do art. 81 do Decreto-Lei nº 2.627, de 27-9-40, (Lei das Sociedades Anônimas), bem como no § 5º do art. 45 da Lei nº 4.728, de 14-7-68 (Lei do Mercado de Capitais).

São preceitos com esse conteúdo normativo que identificam os atos criadores das empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme o pensamento da melhor doutrina. E como o legislador dos Estados-membros e dos Municípios não tem, por óbvia razão, competência para estabelecê-los, não parece lógico aceitar a empresa pública ou a sociedade de economia mista de criação desses entes políticos.

O eminente CRETELLA JÚNIOR, no seu novo "Manual de Direito Administrativo" (Ed. Forense, 1975, pág. 96), não vê obstáculo algum para "os Estados federados e Municípios poderem criar empresas públicas", bastando cada qual seguir, para isto, "o paralelo do que se estabeleceu na legislação federal, ou seja, que não se contrarie a lei federal".

Que paralelo? Como entender a abertura aí sugerida pelo acatado mestre paulista? A legislação federal a que se refere, ou é o Decreto-Lei nº 900/69, que dá o conceito de empresa pública e de sociedade de economia mista, ou a que disciplina as sociedades civis e comerciais, visto não possuímos ainda uma lei orgânica de empresas públicas e sociedades de economia mista. Mas se a legislação federal não pode ser contrariada pelo legislador dos Estados-membros e dos Municípios, a conclusão que desponta é uma e única: só à lei *federal* compete criar ou autorizar a criação de genuínas empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Nessa mesma linha de raciocínio, ao que parece, ainda admite CRETELLA JÚNIOR a existência de sociedades de economia mista *majoritária* e *minoritária*, conforme o Estado detenha, ou não, a maioria das ações. "O Estado" — esclarece a certa altura do seu pensamento — "subscrive ações que lhe conferem os direitos normais do acionista, na assembléia-geral. Na anônima, regida pelo princípio majoritário, tais direitos só se tornam sensíveis quando o número de ações, nas mãos do poder público, lhe permite impor sua vontade, na assembléia. Por esse motivo, na maioria das vezes, quando o número de ações do Estado é pequeno e não lhe confere direitos, em assuntos de gestão, a lei exige a presença estatal, no conselho da administração, o que contraria o princípio majoritário." (Grifamos.)

Que lei será essa capaz de a um Estado-acionista minoritário assegurar no conselho da administração uma presença incompatível com o princípio majoritário? Não há-de ser a lei reguladora das sociedades anônimas, porque esta protege o direito da maioria. Só pode ser, pois, a lei *excepcional*, a lei criadora da sociedade de economia mista, a lei que, como visto, abre exceções à regra geral, derogando o direito comum das sociedades.

Dois pormenores podem, por fim, merecer sumário exame.

A fiscalização financeira das empresas públicas e sociedades de economia mista a quem cabe primordialmente? Por entenderem que as entidades da Administração Indireta são, em substância, "necessariamente sempre de direito público", daí partem alguns para admitir a legitimidade de sua fiscalização pela Administração Direta, através de representante do Poder Central (*sic*), como é o caso de EDUARDO LOBÔ BOTELHO GIALAZZI (*in* "Administração Descentralizada", RDA, 122/57).

Para o Prof. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, esse controle é simplesmente da própria entidade do Estado, em razão dos

pressupostos legais: a) é primeiro interno, pelos instrumentos que forem dados às pessoas jurídicas empresariais; b) do Tribunal de Contas da União, quando assim ficar dito; c) do Congresso Nacional, face ao preceito do art. 45 da Constituição no tocante à administração indireta (in "Empresas Públicas no Brasil", pág. 164).

Parece entretanto que toda dúvida que esse tema ainda pudesse suscitar se dissipa diante da Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975, que atribui ao Tribunal de Contas o exercício da fiscalização financeira das empresas e sociedades de economia mista, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo (art. 7º).

Relativamente a isenções de impostos, estaria a competência de concedê-las compreendida nos limites da lei instituidora dos entes públicos dotados de personalidade jurídica de direito privado, cujo capital pertença, exclusiva ou majoritariamente, à União? Pela afirmativa responde o Prof. COTRIM NETO. "A legislação" — diz ele — "que cria uma empresa pública poderá concomitantemente isentá-la de tributos, sem que isto implique medida inconstitucional". (Cfr. seu "Teoria da Empresa Pública de Sentido Estrito", RDA, 122/42.) Desde que se trate de impostos *federais*, estamos de acordo. Mas quanto a impostos pertencentes à competência impositiva de outras esferas políticas, cremos já não terá a lei específica, instituidora da empresa pública ou da sociedade de economia mista, apesar de seu caráter excepcional (*jus singulare*), o poder de isentar impostos *estaduais e municipais*. Para isso a competência é da *lei complementar* da União (Constituição, art. 19, § 2º). Esta, como sabido, tem matéria própria e está sujeita a *quorum* qualificado, colocando-se por isso mesmo acima das leis ordinárias na hierarquia estabelecida pelo art. 46 da Constituição. Na Constituição vigente, diz NELSON DE SOUZA SAMPAIO que já não cabe nenhuma dúvida quanto ao posto hierárquico da lei complementar, bem como que é *taxativa* a lista das matérias a serem por ela disciplinadas. (NELSON DE SOUZA SAMPAIO, "O Processo Legislativo", S. Paulo, 1968, págs. 38-39. — No mesmo sentido, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Do Processo Legislativo", S. Paulo, 1968, págs. 209-211.) Uma dessas matérias é a concessão de isenções de impostos estaduais e municipais que assim não pode caber na competência do autor da lei criadora ou autorizativa das empresas públicas ou das sociedades de economia mista. Salvo se estas resultassem também de leis complementares, hipótese, porém, que não se harmoniza com a idéia de não se incluir na matéria própria das leis complementares a instituição de órgãos de intervenção no domínio econômico.

Em face do exposto, a conclusão última a que chegamos é a de ser um pressuposto do modelo brasileiro tanto das empresas públicas como das sociedades de economia mista, a lei oriunda do legislador federal (o que importa em reconhecer, para isto, a legitimidade também da lei delegada, em face do disposto no parágrafo único do art. 52 da Constituição).