

A empresa pública

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Juiz do Trabalho — Professor na Universidade Federal de Minas Gerais.

SUMÁRIO

Empresa pública

A definição

O controle

Empresa pública (Serviço público e atividade comercial)

Empresa pública e Estado federado

Bibliografia

Empresa pública

O Estado vem evoluindo a passos firmes e decididos no sentido de um encontro mais franco e aberto com o particular. Objetiva-se desta forma a consecução de um novo plano de equilíbrio. Se o constitucionalismo do século XIX se desdobrou em esforços para obter um equilíbrio entre os três Poderes (o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), hoje a tarefa se apresenta como procura de um equilíbrio entre o Estado e o indivíduo.

Não é, contudo, um equilíbrio estático, mas, sim, essencialmente dinâmico. E esse dinamismo exige do Estado feições multiformes. Assim,

não aparece ele somente como pessoa de direito público, mas assume fisionomia também de pessoa de direito privado, não só para conseguir mais facilmente os seus objetivos, como veremos, mas ainda para colaborar lado a lado com o indivíduo na consecução das metas próprias deste último (1).

Afigura-se assim um dos aspectos mais importantes do Estado moderno, como já o reconhecia Bilac Pinto em conferência pronunciada em 1952, e que é justamente "o da progressiva ampliação da área ocupada pelos serviços públicos" (2).

Aquela altura assinalava o preclaro mestre que não havíamos ainda criado "nenhuma empresa pública nos moldes das sociedades alemãs de um só membro ou das de pessoas públicas" (3).

Identificava ele um fenômeno que estava por surgir com grandeza tal a poder ocasionar um declínio na proliferação da sociedade de economia mista.

O aparecimento da nova forma de atuação do Estado é um fenômeno natural no evolucionismo das instituições humanas. Estas procuram sempre adquirir formas de ser e de atuar de acordo com as necessidades da sociedade que as adota. Lembra-nos aqui a aguda observação de García de Enterría, segundo o qual "a história da sociedade dos homens nos apresenta um vasto cemitério de organizações, um constante processo de lançamento, de amadurecimento e de morte, de fórmulas institucionais que gozam do fulgor do êxito durante uns momentos e acabam finalmente por desaparecer. Só aquelas organizações que sabem transformar-se, que sabem adaptar-se à mudança do meio social, no qual estão e do qual se nutrem, podem aspirar a uma relativa permanência" (4).

A vertiginosidade assumida pelos fenômenos da atualidade não se compadece com o pesantismo das organizações estatais vindas desde o século passado. Tal fato se revela em todos os setores da atividade estatal, desde a legislativa, passando pela administrativa, até a jurisdicional.

A imposição de prazos dentro dos quais as leis devam ser discutidas e votadas é uma exigência dos tempos, para que se evite sejam promulgadas hoje leis que eram necessárias um ano antes, e que hoje já se mostram inúteis. Assim é que o legislador deve adotar as decisões que o momento requer, e deve adotá-las com presteza, porque hoje, mais do que nunca, *fugit irreparabile tempus*.

(1) GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, págs. 49-57.

(2) BILAC PINTO. "O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas", in *Revista de Direito Administrativo*, nº 32, págs. 1-15.

(3) *Id.*, *Ibid.*, pág. 12.

(4) *Apud* GARCÍA, Pedro de Miguel. *El Intervencionismo y la Empresa Pública*. Madrid, Inst. de Estudios Administrativos, 1974, pág. 323.

Idêntico fenômeno se arvora como nuvem tempestuosa por sobre o Judiciário. As lides se avolumam cada vez mais e sempre mais requerem soluções, além de adequadas, prontas. As partes num processo, levadas pela vertiginosidade dos acontecimentos, estão sempre a exigir do órgão judicante a solução *hic et nunc* dos problemas propostos. Isto impõe aos juizes a aquisição de sempre maior capacidade jurídica aliada a métodos de trabalho de eficiência equiparada à necessidade dos tempos.

Se isto acontece com as esferas legislativa e judiciária, em proporção muitas vezes maior ocorre na administrativa. Esta tem por missão "executar", o que implica utilizar no momento adequado a solução administrativa que o caso requer.

Daí a exigência imposta ao Estado de atualizar as próprias formas de ser e de atuar. O Estado, para sobreviver perante a evolução da sociedade atual, tem que assumir formas institucionais compatíveis com o momento histórico.

Como a atuação dos indivíduos através das sociedades privadas vem mostrando a cada passo sua eficiência decisória e administrativa, o Estado é, então, levado a assumir a forma privada na sua constituição e atuação.

É verdade que, como reconhece Pedro de Miguel García, esse fenômeno de privatização se conjuga, sob o aspecto subjetivo, com a presença da Administração, o que acarreta "uma inevitável publicização, que se traduz em exorbitâncias ao regime comum" (5).

O dinamismo da realidade acarretou inevitavelmente uma defasagem das estruturas, colocando-as em crise, no exato sentido da palavra. Deverá assim haver um autojulgamento por parte dessas mesmas estruturas, que chegarão infalivelmente à conclusão de que há uma inarredável necessidade de uma reestruturação das instituições estatais, que só assim conseguirão acompanhar o progresso da sociedade.

Podemos por isso aceitar a afirmação de Marienhoff de que, "como entes jurídicos, as empresas do Estado representam a última etapa na evolução institucional do Estado e do direito administrativo" (6). O fato de serem as mais recentes explica estoutro fato de serem ainda confusos os seus contornos nacionais, pois que ainda não houve tempo de se cuidar de seu aspecto jurídico. O direito não se fixou ainda sobre um conceito unívoco de empresa pública, em que pese ao fato de termos, por exemplo, no Brasil, uma definição de direito positivo sobre a natureza jurídica da empresa pública (cfr. art. 5º, II, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967).

Os autores se esforçam por distinguir, nesse novo ente jurídico, as características essencialmente definitórias, realçando ora um, ora outro

(5) *El Intervencionismo y la Empresa Pública*, Madrid, Inst. de Estudios Administrativos, 1974, pág. 343.

(6) *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, tomo I, pág. 430.

aspecto dentre os que julguem mais importantes. Assim é que Laubadère sobreleva a participação do capital público, mostrando que a sociedade, onde ocorra tal participação, “outra coisa não é senão uma sociedade comercial cuja particularidade é que seu capital é integralmente propriedade do Estado” (7). Zanobini acentua a atuação decisiva da vontade do Estado, quando este assume o controle da totalidade das ações, o que o deixa em dúvida sobre se tais sociedades conservam a qualidade de sociedades privadas ou devem ser consideradas entes públicos ou se devem ser consideradas sociedades comerciais públicas (8).

A definição

Como decorrência das novas necessidades surgidas e como reflexo obtido no setor privado pelas sociedades comerciais, o Estado veio tentar uma nova forma de apresentação e atuação.

A empresa pública assumiu conseqüentemente uma posição intermediária, tendo de um lado a economia privada e de outro a administração pública, de ambas recebendo contribuições. Assim é que, como acentua Ernst Forsthoff, a atividade comercial “não explica de maneira satisfatória por que as empresas públicas se multiplicaram”. Podem-se enumerar outros estímulos e razões “que encorajaram o desenvolvimento da participação ativa da administração na vida econômica: vontade de poder do Estado, necessidade de ativar a burocracia, ideologia socialista, consideração de pontos de vista sociais”. Mas prossegue o mesmo autor na explicação das razões que justificaram o nascimento e a proliferação das empresas públicas, colocando-as no mesmo plano das necessidades “que provocaram o advento do Estado-Providência: a necessidade de excluir a livre concorrência e a exigência de prestações que sejam socialmente adequadas e garantidas pela caução do Estado” (9).

Intervém, portanto, o Estado no domínio econômico, e o faz por duas formas: *dirigindo e controlando* a atividade privada ou *exercendo diretamente* as atividades econômicas (10).

Convém, entretanto, ressaltar que esses dois tipos de atuação estatal são a síntese dos diversos modos pelos quais se opera a intervenção no domínio econômico, pois que, como observa Jean Rivero, a empresa pública pode ser criada diretamente pelo Estado, pode nascer da fusão de várias empresas públicas preexistentes, ou ainda pode ser o resultado de antigas empresas privadas, cujo estatuto jurídico foi transformado por meio de uma nacionalização (11).

(7) *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, L.G.D.J., 2º vol., 1971, pág. 623.

(8) *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, vol. V, págs. 420-421.

(9) *Traité de Droit Administratif Allemand*. Bruxelles, Brylant, 1969, págs. 737-738.

(10) Cfr. ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano, Giuffrè Ed., 1969, vol. V, pág. 413.

(11) Cfr. *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 6.ª ed., 1973.

Esta é a visualização externa do problema.

Quando passamos a um outro ângulo, ou seja, o da identificação do fenômeno em si mesmo, procurando então os seus elementos definidores, deparamos com um longo rosário de definições, pois cada um de seus autores se fixa em uma das características do definido relegando as demais a um plano inferior.

Salvo raras exceções, como é o caso do Brasil e o da Argentina, como veremos, a noção jurídica da empresa e, no caso presente, da empresa pública, não se constitui de critérios jurídicos puramente formais. Raro é o sistema de direito positivo que apresenta uma definição legal de empresa pública, fixando dessa forma as suas características.

Temos no conceito de empresa pública dois elementos de proveniência totalmente diferente. De um lado, a realidade econômica e, de outro, a forma jurídica, observando-se que ambos são elementos sobrecarregados de polemicidade. A empresa pública é antes de mais nada empresa, isto é, “uma combinação dos fatores de produção dirigida à realização de uma atividade econômica, consistente na produção de bens ou prestação de serviços”, mas é também “algo público”, e este aspecto condiciona “o interesse geral de sua atividade, que determina sua própria existência e sua propriedade nas mãos da Administração”. Ora, conclui Pedro Miguel García, “raramente da união de duas imprecisões pode surgir uma idéia clara” (12).

É a conclusão unânime a que chegam quase todos os autores, quando se trata de dar à empresa pública uma definição (13).

Ante a complexidade do problema no campo doutrinário, sem qualquer resultado definitivo para a elucidação da questão, julgamos proveitoso acolher a sugestão de Pedro de Miguel García, partindo de uma noção elementar, que não pretende ser uma definição, que deveria ser abrangente, descrevendo a empresa pública como uma atividade empresarial da Administração” (14).

Pelo que, depois de apresentar as definições legais de empresa pública, encontradas na legislação brasileira e argentina, vamos deter-nos simplesmente na apreciação das características com as quais costumam apresentar-se as empresas públicas.

No Brasil, a conceituação legal de empresa pública nos é dada pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Define o seu art. 5º, inciso II, a empresa pública como a “entidade dotada de personalidade

(12) *El Intervencionismo y la Empresa Pública*, Madrid, Inst. de Estudios Administrativos, 1974, págs. 294-297.

(13) Cfr. LAUBADÈRE, A. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris, L.G.D.J., 1970, 5.ª ed., vol. I, pág. 594; VEDEL, G. *Droit Administratif*. Paris, P.U.F., 1973, 5.ª ed., pág. 748; DEBASCH, Charles. *Droit Administratif*. Paris, Ed. Cujas, 1971, 3.ª ed., pág. 270.

(14) Ob. cit., pág. 279.

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”.

Contemplando mais vagarosamente os diversos elementos da definição legal, verificamos preliminarmente que a empresa pública é dotada por lei de *personalidade jurídica*, mas, embora sua proveniência seja da Administração, deverá ela atuar pelo modo peculiar às pessoas de *direito privado*. O seu regime jurídico é de direito privado.

O capital lhe vem da União, exclusivamente, como está dito no diploma legal definidor, constituindo-se em patrimônio de propriedade da pessoa jurídica criada.

É, entretanto, oportuno lembrar que já se vem admitindo que o capital possa ser compartilhado por outras entidades de direito público. Nesse sentido, a Lei Delegada nº 6, de 26 de setembro de 1962, que criou a Companhia Brasileira de Alimentos, possibilita participarem do capital social a União e as Unidades Federadas (art. 8º). Disposição legal paralela encontramos na Lei Delegada nº 7, que criou a Companhia Brasileira de Armazenamento (CIBRAZEM), dispondo no seu art. 7º que a União e as Unidades federadas participam de seu capital social.

Exemplo típico de unicidade de capital da União encontramos no art. 9º do Estatuto da Caixa Econômica Federal, aprovado pelo Decreto nº 81.171, de 3 de janeiro de 1978, e também no art. 6º do Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, que transformou o Departamento de Correios e Telégrafos em Empresa Pública.

Sua criação se faz por *lei*, destinando-se à exploração de *atividade econômica*, à qual deva dedicar-se o Governo ou por força de contingência ou por conveniência administrativa.

Para esse fim, a empresa criada poderá revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito, mesmo que para isso seja necessário derogar normas do direito societário.

Surgiu assim a figura jurídica de uma sociedade de um único sócio, o que representa não somente uma derrogação de dispositivos legais, mas principalmente uma contradição com o próprio conceito de sociedade.

O direito argentino também procurou definir empresa pública, e o fez através da Lei nº 13.653, de 31 de outubro de 1949. Assim reza o seu art. 1º:

Para os efeitos da presente lei, entende-se por “empresas do Estado” as entidades descentralizadas da administração nacional, que cumprem funções de índole comercial, industrial ou de prestação de serviços públicos de caráter similar.

A definição legal vem ressaltar a *descentralização* alcançada através das empresas públicas, frisando ao mesmo tempo as finalidades por elas objetivadas, e que são a prestação de serviços de tipo comercial e industrial e a de serviços públicos.

Posteriormente, a Lei nº 14.380, de 5 de outubro de 1954, modificando a Lei nº 13.653, já citada, enumera em diversos de seus artigos várias características, que contribuem para uma melhor identificação do fenômeno empresa pública.

Assim é que a segunda alínea do art. 1º sublinha o aspecto bifacial da empresa pública:

“As empresas do Estado ficam submetidas: *a)* ao direito privado em tudo aquilo que se refira a suas atividades específicas; e *b)* ao direito público em tudo que se refira a suas relações com a administração ou ao serviço público que se achar a seu cargo.”

Comprova-se assim o que já antes mencionáramos, quando nos referimos ao fato de que, em sua maneira de atuar, a empresa pública procura assimilar os métodos adotados pelas sociedades comerciais características do direito privado.

Mas, ao relacionar-se com a Administração ou ao aprestar-se para gerir serviços públicos, a empresa pública passa a atuar muito mais num clima de direito público do que num de direito privado.

Põe-se à vista o instituto de tutela a que se submete a empresa pública, que deverá apresentar anualmente ao Poder Executivo “o plano de ação a desenvolver durante o/ou os exercícios econômicos subseqüentes”.

Assinala-se ainda o fenômeno de as autoridades das empresas do Estado, como também todo o pessoal a serviço, sujeitarem-se a ser responsabilizados tal como se fossem funcionários públicos (art. 2º).

Estas empresas sujeitam-se a todos os impostos, taxas e contribuições nacionais, provinciais e municipais, da mesma forma que as empresas privadas (art. 3º).

Por outro lado, as empresas do Estado não podem ser declaradas em falência (art. 4º).

A Lei nº 15.023, de 10 de dezembro de 1959, introduzindo modificações nas duas leis anteriores, colocou em posição de eminência o controle exercido pelo Estado sobre as empresas públicas, regulando pormenorizadamente a forma pela qual deveria processar-se a tutela administrativa.

Observamos, finalmente, que, depois desta rápida excursão pelo direito argentino de empresa pública, a definição desta instituição não se encontra concentrada num só artigo, mas se derrama por vários deles, e até se espalha por diversos diplomas legais, que conseguem

assim, em vez de definir, fazer um elenco das características mais notáveis da empresa pública.

Há que proceder-se, portanto, a um levantamento de notas características da empresa pública, notas capazes de tirá-la de uma posição de abstratismo e de lhe dar concretidade suficiente para distingui-la da atividade estritamente administrativa.

Apesar de não haver coincidência quantitativa e qualitativa entre as características apontadas, é possível reuni-las sob quadros gerais. Salienta, então, Pedro de Miguel García três elementos sobre os quais se têm concentrado as atenções: "o OBJETO, a ESTRUTURA e FUNCIONAMENTO e, por fim, a PROCEDÊNCIA DE SEUS RECURSOS ECONÔMICOS" (15).

O OBJETIVO proposto à atuação da empresa pública é essencialmente econômico: com o intuito de dirigir e controlar a atividade econômica, substancialmente deixada à iniciativa particular (art. 160 da Constituição Federal), a empresa pública assume atividade de produção, circulação e venda de produtos ou serviços.

Surge aqui a questão sempre posta, sempre rejeitada, mas que iterativamente retorna: a empresa pública visa essencialmente ao lucro?

Sabemos que o lucro não é elemento essencial da empresa, mesmo especificamente da empresa privada. Há empresas que são constituídas com o intuito de dar prejuízo, ou pelo menos de não dar lucro. Nem por isso se lhes nega a qualidade de "empresa".

Jean Rivero assume posição francamente a favor da possibilidade de a empresa pública vir a ter lucros, "pois que seu regime financeiro escapa totalmente às regras da contabilidade pública. Se a realização de um lucro não é, diferentemente da empresa capitalista, a única finalidade da gestão, pelo menos permanece como uma de suas finalidades; a empresa deve tender a uma gestão não somente equilibrada, mas, ainda, lucrativa, a fim de poder utilizar, para seu desenvolvimento, os procedimentos do autofinanciamento..." (16).

George Vedel participa da mesma opinião, mas o faz ressaltando que a empresa pública "não pode ter por objeto exclusivo a realização de lucros... pois que ela não pode negligenciar o interesse geral" (17).

É verdade que não há um paralelismo total neste ponto entre o fim pretendido pelo Estado e o procurado pelo particular. Este quer o lucro para si, como indivíduo, ao passo que aquele objetiva o lucro não para si como ponto final, pois que coloca como beneficiário último o próprio povo, já que os lucros obtidos pela empresa pública se convertem

(15) Ob. cit., págs. 312-313.

(16) *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 1973, 6.ª ed., pág. 456.

(17) *Droit Administratif*, Paris, P.U.F., 1973, 5.ª ed., págs. 751-752.

em maior quantidade e melhor qualidade de serviços prestados ao público (18).

No que se refere à estrutura e funcionamento, já o dissemos mais de uma vez, a empresa pública se assemelha aos das empresas privadas.

O regime jurídico por que são governadas é o de direito privado, o mesmo que regula a constituição e atividade das sociedades comerciais privadas. São por isso dotadas por lei de personalidade jurídica de direito privado, exercendo com autonomia suas atividades econômicas de acordo com os princípios que regem o econômico. Têm um patrimônio, que lhes foi outorgado pela União, mas ao mesmo tempo cobram dos particulares o preço dos serviços que lhes prestam, da mesma forma adotada pelas empresas privadas.

Assim é dupla a proveniência de seus recursos, da entidade pública que as criou e dos beneficiários diretos das atividades por elas prestadas.

Há finalmente um elemento de suma importância: a presença do Estado.

Em virtude dessa presença, a empresa pública pode ver-se investida de diversas prerrogativas de poder público, não se sujeitando a diversas injunções a que se submete ordinariamente a empresa particular. Não está ela sujeita à falência. Entre nós, a situação é prevista expressamente pelo art. 178 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

As atividades de empresa pública estarão sujeitas à supervisão ministerial, que se exercerá através da orientação, coordenação e controle de suas atividades (cfr. arts. 19 e 20 do Decreto-Lei nº 200).

Seus dirigentes são nomeados e destituídos por decisão administrativa.

Após esse longo percurso por entre as características capazes de identificar a empresa pública, devemos concluir melancolicamente que elas não são ainda suficientes para uma perfeita limitação entre ela e os demais órgãos governamentais, quer incumbidos de atividades industriais e comerciais, quer encarregados da prestação de serviços públicos. A questão será muito mais de direito positivo, ficando ao legislador o *arbítrio de situar a instituição por ele criada num ou noutro âmbito*.

Exemplifiquemos concretamente a afirmação exarada agora a modo de conclusão.

Temos duas empresas, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e a Telecomunicações Brasileiras S.A., vinculadas ao mesmo Ministério, destinando-se ambas à prestação de serviços de comunicação, mas que, no entanto, se constituíram uma como empresa pública e a outra como sociedade de economia mista.

(18) MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, pág. 438; Cfr. TRÈVES, G. *Le Imprese Pubbliche*. Torino, Giolichelli, 1950, págs. 6-32.

Com efeito, ambas poderiam ter sido instituídas como empresas públicas, com capital exclusivo da União, e no entanto razões de ordem econômica ou política levaram os instituidores a permitir o ingresso como acionistas da Telebrás, além da União, como detentora de 90% das ações, ainda o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, o Banco do Brasil S.A., a Companhia Vale do Rio Doce, a Petróleo Brasileiro S.A., a Companhia Siderúrgica Nacional e as Centrais Elétricas Brasileiras S.A.

O Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, transformou o Departamento dos Correios e Telégrafos em *empresa pública*, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tendo sido aprovados seus estatutos pelo Decreto nº 72.897, de 9 de outubro de 1973.

A Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, autoriza o Poder Executivo a constituir uma sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S.A.

Se perfilarmos o texto do decreto-lei instituidor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, veremos ali corporificadas as características acima apontadas como identificadoras da empresa pública.

O controle

A descentralização é, na verdade, uma forma de autonomia na execução de determinados serviços. E quando falamos em descentralização, referindo-nos à empresa pública, fazemo-lo somente tendo em vista a forma de atividade, e não o tipo de serviço prestado, pois que neste último caso seria oportuno indagar com Cretella Júnior se haveria mesmo descentralização quando a empresa pública executa tarefas de caráter comercial e industrial.

É preciso ressaltar, como o faz Laubadère, que a autonomia não implica *independência*. A forma de atividade estatal descentralizada importa a sujeição a um controle exercido pelo poder central. Esse controle poderá ser mais estrito ou mais frouxo. Ao primeiro tipo se dá o nome de controle hierárquico e ao segundo de tutela administrativa, expressão que vem sendo substituída gradativamente, segundo observa Marcel Waline, para afastá-la do conceito próprio de tutela civil, por outra expressão, "controle administrativo" ⁽¹⁹⁾.

O controle hierárquico se exerce dentro de um mesmo órgão, onde as atribuições e as respectivas esferas de atuação se *desconcentram*. Tal fenômeno pode verificar-se, quer dentro dos órgãos pertencentes ao poder central, quer também dentro do próprio órgão descentralizado.

(19) LAUBADERE, A. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris, L.G.D.J., 1970, págs. 89-94; WALINE, M. *Précis de Droit Administratif*. Paris, Ed. Montchrestien, 1969, pág. 309.

O controle administrativo, segundo Waline, ou tutela administrativa, segundo Laubadère, se exerce a partir do poder central, no intuito de fiscalizar a atividade das pessoas descentralizadas.

A finalidade última da existência de tais tipos de controle é a de resguardar o *interesse público*, evitando que os diversos órgãos, quer centrais, quer descentralizados, dele se afastem.

Quanto à forma de atuar, deve-se observar que o controle hierárquico é mais abrangente do que o simples controle administrativo, pois que este tem um limite na autonomia da pessoa descentralizada.

Esse controle poderá exercer-se quer sobre os aspectos técnicos, quer ainda sobre os aspectos financeiros. Ressalte-se, contudo, a tendência acentuada para a supremacia cada vez maior do controle sobre as finanças, em contrapartida com o decréscimo do controle sobre os aspectos técnicos. E isto é uma conseqüência natural da descentralização, no caso presente em referência às empresas públicas, pois estas se presumem criadas reunindo dentro de si toda a especialização técnica indispensável para o desempenho da atividade a que se propõem.

Pedro de Miguel García enumera três tipos pelos quais se exerce o controle da gestão econômica e financeira das empresas públicas. O Direito Comparado nos oferece neste aspecto uma pluralidade de sistemas, cuja classificação pode fazer-se da seguinte forma:

a) sistema de tribunal independente, como sucede na Itália, República Federal da Alemanha, Áustria, Bélgica e Espanha;

b) sistema de órgão administrativo criado *ad hoc*, cujo exemplo típico é o da França;

c) sistema de órgão incrustado ou dependente diretamente do Parlamento, como é o caso da Inglaterra e Estados Unidos ⁽²⁰⁾.

Observamos, ainda, acompanhando ao mesmo autor, que o controle da empresa pública, se de um lado é de suma necessidade, para conservá-la atuante em consonância com o interesse público, não pode, por outro lado, alcançar tal rigor que a impeça de se aproximar da forma de atuação das empresas privadas.

A complexidade do fenômeno empresarial conhecido como "toma-da de decisões", com implicações de ordem técnica e concurrencial e de acompanhamento das flutuações do mercado, não pode vir a ficar asfixiada por um controle administrativo demasiado operante.

No Brasil, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, no seu Título IV, dispõe sobre o controle administrativo a ser exercido pelo Ministro de Estado competente, denominando a esta atividade de "supervisão ministerial".

(20) *El Intervencionismo y la Empresa Pública*, Madrid, Inst. de Estudios Administrativos, 1974, págs. 394-420.

O art. 19 determina que “todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32. . .”

O art. 25 estabelece os objetivos a que visa a supervisão ministerial, podendo-se destacar entre eles os de “fiscalizar a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos” (inciso VIII), promover a execução dos programas do Governo (inciso II), coordenar as atividades dos órgãos supervisionados e harmonizar sua atuação com a dos demais Ministérios” (inciso IV).

No que se refere à Administração Indireta, atentando-se neste trabalho para o que respeita à empresa pública, o art. 26 estabelece os objetivos específicos da supervisão ministerial:

I — a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade;

II — a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade;

III — a eficiência administrativa;

IV — a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

O parágrafo único desse mesmo artigo estabelece as medidas a serem adotadas para que se possam alcançar as metas discriminadas nos seus quatro incisos.

Devemos ressaltar finalmente a fiscalização financeira exercida pelo Ministério da Fazenda (art. 25, X) e a fiscalização financeira e patrimonial atribuída ao Tribunal de Contas (art. 25, XI), este último, no sistema brasileiro, vinculado ao Congresso Nacional e ao Poder Executivo, como vem disposto nos arts. 70 e seguintes da Constituição Federal.

No caso específico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), podemos encontrar no Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, os modos pelos quais se processa o controle administrativo naquela empresa pública.

O art. 3º desse decreto-lei determina que a “ECT será administrada por um presidente demissível *ad nutum*, indicado pelo Ministro de Estado das Comunicações e nomeado pelo Presidente da República”, configurando-se uma concretização do disposto pelo Decreto-Lei nº 200, no parágrafo único, letra a, do art. 26.

O art. 19 do Decreto-Lei nº 509 dispõe sobre a supervisão exercida pelo Ministério das Comunicações.

O art. 20 do mesmo Decreto-Lei exige que a ECT envie “ao Tribunal de Contas da União as suas contas gerais relativas a cada exercício, na forma da legislação em vigor”.

Empresa pública

(Serviço público e atividade comercial)

1 — A descentralização

Num sistema de absoluta separação entre as atividades típicas do Estado e atividades próprias dos particulares, como ocorria, por exemplo, no regime do Estado-polícia, haveria uma nítida distinção entre serviços públicos, e seriam todos aqueles atribuídos ao Estado, e atividades privadas, e seriam todas as atividades exercidas pelo particular.

Mas desde que o Estado passou a intervir no domínio privado, orientando, dirigindo, ou mesmo exercendo atividades antes reservadas aos particulares, aquela distinção, teoricamente fácil, passou a ser difícil.

Ontologicamente, uma atividade, considerada em si mesma, não é nem pública nem privada. Não é possível classificar um determinado tipo de atividade, como pública ou privada, a partir de seus elementos essenciais.

A classificação será possível a partir de um elemento externo, como, por exemplo, a *finalidade* a que se destina a atividade. E mesmo a *finalidade* nem sempre terá condições de classificar determinada atividade, mas será preciso recorrer às *finalidades*, ou seja, a um conjunto de objetivos visados.

Esse o problema a ser analisado, quando se fala do tipo de atividades exercidas por uma empresa pública. E viria, então, a pergunta: a empresa pública presta serviços públicos ou executa atividades comerciais e industriais?

Não encontramos e não pretendemos dar neste estudo uma resposta para o que se perguntou.

Achamos, entretanto, que a simples análise do problema contribuirá para lançar maior luz sobre a empresa pública.

Para entendermos com maior abrangência a questão a ser estudada, há ainda que levar em conta um *desdobramento na atividade estatal*.

Verificando a impossibilidade de centralizar tudo nas mãos de um organismo único, e visando conseguir melhor funcionamento, mais fácil gestão administrativa e financeira, o Estado recorreu à iniciativa da descentralização, criando organismos autônomos, atribuindo-lhes patrimônio próprio, destinando-lhes certo tipo de atividades, embora continuando a existir certa vinculação com o centro, através de um controle administrativo.

As atividades atribuídas a cada um desses organismos continuariam tendo as mesmas qualidades essenciais anteriormente possuídas,

ou seja, seriam serviços públicos, ou então tais organismos poderiam exercer as atividades antes reservadas aos particulares.

Operou-se o fenômeno conhecido como descentralização.

Para entendê-lo cabalmente, há que proceder-se por partes, estabelecendo distinções.

Há que distinguir-se, por um lado, "soberania" e "autonomia" como conceitos políticos, e, por outro, "autarquia" e "autarcia" que traduzem conceitos administrativos, como salienta Marienhoff (21).

A soberania significa autodeterminação e independência, ao mesmo tempo que exige o conceito de poder de impor, internamente, as próprias determinações, donde o conceito de Estado soberano.

A autonomia implica o conceito de poder legislar e poder-se governar de acordo com essas leis.

Já a autarquia implica a recepção de atribuições para administrar-se a si mesmo, de acordo com uma norma recebida de um ente governamental superior.

A autarcia traz a idéia de auto-suficiência econômica (22).

São, pois, conceitos de distribuição de poderes, que se autolimitam.

A centralização, descentralização e desconcentração implicam, por seu turno, a distribuição de atividades.

Quando estas atividades se reúnem totalmente nas mãos do órgão governamental central, temos a centralização. Quando as atividades, antes centralizadas nas mãos de um só órgão, são distribuídas por outros órgãos, dotados de personalidade própria diferente da do órgão central, e estes órgãos, com autonomia, se administram a si mesmos, gerem seus próprios negócios, temos o que se chama "descentralização". Observe-se que essa descentralização pode operar-se no plano político (Estado federal e Unidades federadas), como também no plano administrativo, que nos interessa no momento, quando, então, se descentralizam serviços. A desconcentração "se situa no quadro da centralização, sendo totalmente estranha à descentralização. Consiste em aumentar os poderes ou as atribuições dos representantes locais do poder central para descongestionar o poder central" (23).

Para caracterizar a administração indireta, será muito importante verificar o sistema de controle pelo qual se liga à direta. A esse propósito é importante a palavra de Ernst Forsthoff, afirmando que "a administração indireta se acha fundamentalmente fora da hierarquia das autoridades do Estado. Ela não lhe está subordinada por meio de ins-

(21) *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, págs. 370-371.

(22) Cfr. MARIENHOFF, M. S., ob. cit.

(23) LAUBADÈRE, A. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris, L.G.D.J., 1970, pág. 95.

truções de serviço. . . . Poder hierárquico e tutela do Estado são fundamentalmente diferentes. . . . A tutela se exerce sobre negócios que lhe são estranhos, o poder hierárquico intervém em seus próprios negócios; o poder hierárquico é fundamentalmente ilimitado, a tutela tem necessariamente limites quanto às condições de exercício, à extensão e aos meios de sua ação. A tutela se exerce alheia às relações hierárquicas entre funcionários, o poder hierárquico dispõe também de meios disciplinares, porque se aplica a subordinados” (24).

Dentro da administração descentralizada, não haveria qualquer dúvida se perguntássemos se a autarquia executa serviços públicos. A própria lei se encarrega de esclarecer que suas atividades são típicas da Administração Pública (art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967).

Quanto à empresa pública, a lei é clara ao atribuir-lhe *atividade econômica* (inciso II, do art. 5º do Decreto-Lei nº 200).

Essa tomada de posição por parte do legislador não tira o mérito à discussão do problema.

Com efeito, Cretella Júnior assinala que o objeto da empresa pública é o exercício ou prestação de “serviços privados”, mas nada impede “que as empresas públicas prestem por exceção serviços públicos” (25). E a esse respeito, observa ele que, “quando a empresa pública tem por objeto atividades econômicas, comerciais ou industriais, não há descentralização alguma. Há intervenção do Estado na ordem econômica, há ingerência estatal no campo privado, mediante a adoção de esquemas privatísticos” (26).

Voltamos assim à questão posta inicialmente, devendo então distinguir o que seja serviço público e o que seja atividade econômica.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o *serviço público* como “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público — portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — *instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo*” (27).

Sublinhamos na definição acima os itens que nos interessam. Ali deixamos frisada a afirmação de Bandeira de Mello de que é serviço público todo aquele conjunto de interesses que o Estado houver definido como próprios e, por isso, houver colocado sob regime de direito público.

(24) *Traité Administratif Allemand*. Bruxelas, Brylant, 1969, pág. 690.

(25) *Empresa Pública*, São Paulo, V. Bushatsky, 1973, pág. 188.

(26) *Ob. cit.*, págs. 16-17.

(27) *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975, pág. 1.

A posição de Bandeira de Mello coincide com a de Cretella Júnior, para quem “a consideração de uma atividade como serviço público, em relação à atividade privada, resulta de um ato de vontade do Estado: são atividades de serviço público aquelas que as autoridades competentes, num dado momento histórico, decidem considerar como tais” (28).

Em face dessa ausência de um conteúdo intrínseco da atividade da empresa pública, a defini-la como serviço público ou atividade econômica, conclui Cretella Júnior que “a empresa pública, que geralmente explora atividades econômicas típicas (atividades mercantis, industriais e comerciais), pode também desempenhar serviços públicos” (29).

Na busca de traços definidores do serviço público, para distingui-lo da atividade econômica do particular, esforçam-se os diversos autores na identificação das características de cada atividade estatal.

Para Marcel Waline, o serviço público “supõe sempre uma obra de interesse público a cumprir”. Sustenta assim o finalismo da atividade, quando tem por meta o interesse geral. Mas não deixa de salientar o aspecto de ser tal atividade executada sob a alta direção da Administração, numa oposição da atividade de uma pessoa de direito público a atividade de pessoas de direito privado (30).

Georges Vedel assinala que a jurisprudência francesa vem reconhecendo a existência de SERVIÇOS PÚBLICOS INDUSTRIAIS E COMERCIAIS, assinalando, contudo, que sua definição “é extremamente delicada” (31).

Charles Debasch se coloca na mesma posição, acentuando que “não há mais uma divergência fundamental de finalidade entre o serviço público e o serviço privado. A mesma necessidade de interesse geral pode ser, segundo a vontade do legislador, assegurada por um serviço público ou por um serviço privado. Alguns serviços privados são submetidos a uma regulamentação estreita, que assegura o respeito ao interesse geral” (32).

Reconhecendo também que “pertence somente ao poder público decidir que uma atividade está erigida em serviço público”, e que, portanto, o critério distintivo se encontra na “intenção dos governantes”, Laubadère focaliza “indícios exteriores da intenção de criar um serviço público” e cita, então, “a outorga de prerrogativas de direito público” e “a estipulação de cláusulas e regras especiais derogadoras do direito privado” (33).

(28) Ob. cit., pág. 41.

(29) Ob. cit., pág. 17.

(30) *Précis de Droit Administratif*, Paris, Ed. Montchrestien, 1969, págs. 456-459.

(31) *Droit Administratif*, Paris, P.U.F., 1973, págs. 818-820.

(32) *Droit Administratif*, Paris, Ed. Cujas, 1971, 3.ª ed., pág. 206.

(33) *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, L.G.D.J., 1970, pág. 549.

Embora o direito positivo brasileiro destine à empresa pública uma atividade econômica, será difícil extremar tal tipo de atividade do serviço público propriamente dito. Daí dizermos, acompanhando ao mestre Cretella Júnior e usando de suas mesmas palavras, que “a empresa pública, que geralmente explora atividades econômicas típicas (atividades mercantis, industriais e comerciais), pode também desempenhar serviços públicos” (34).

Empresa pública e Estado federado

Diante do exposto nos tópicos anteriores, pergunta-se agora se o Estado-membro pode criar empresas públicas.

Já deixamos visto que a criação de empresas públicas no âmbito federal se acha expressamente prevista pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Mas devemos também observar que já antes desse decreto-lei se achavam constituídas empresas sob a denominação de empresas públicas, como a Companhia Brasileira de Alimentos — COBAL, criada pela Lei Delegada nº 6, de 26 de setembro de 1962, e a Companhia Brasileira de Armazenamento — CIBRAZEM, criada pela Lei Delegada nº 7, de 26 de setembro de 1962.

Ora, não há, no que toca ao Estado de Minas Gerais, uma lei da Administração Pública Estadual que contemple, como o faz no âmbito federal o Decreto-Lei nº 200, a possibilidade de vir o Estado a criar empresas públicas estaduais.

Mas, se houvesse autorização legal nesse sentido na esfera estadual, teria a mesma que se defrontar com dois problemas, como assinala Cretella Júnior, um de ordem formal e outro de ordem material.

Do ponto de vista formal, cabe somente à União derrogar lei federal. Assim sendo, o Estado-membro não poderá, por exemplo, criar empresa pública sob a forma de sociedade anônima com um único sócio como é possível na área federal, pois que a nova Lei de Sociedades Anônimas exige o mínimo de dois sócios (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 80, inciso I). Além disso, a criação de “sociedade” com um único sócio foge ao pressuposto fático de toda legislação federal.

Por outro lado, do ponto de vista material, se o objeto da empresa pública for a consecução de atividades econômicas, industriais e comerciais, a orientação é uma, envolvendo o importante problema da intervenção no domínio econômico, iniciativa apenas facultada à União; se a atividade da empresa pública for, porém, o desempenho de serviços públicos, o problema se equaciona e se resolve em perspectivas totalmente diversas.

A intervenção no domínio econômico, pelo que dispõe o art. 163 da Constituição Federal, está condicionada à edição da lei federal.

(34) Ob. cit., pág. 17.

Ainda do ponto de vista material, somente a União pode legislar sobre matéria comercial (Const. Fed., art. 8º, inciso XVII, letra b). Assim sendo, o Estado-membro não pode legislar a respeito, tendo em vista a reserva legal em favor da União.

Donde conclui Cretella Júnior que “empresa pública estadual pluripessoal, para a exploração de serviços administrativos (jamais empresa pública estadual unipessoal), é o único tipo que o direito brasileiro admite, no que diz respeito a tais entidades, no âmbito dos Estados-membros da Federação”.

Temos em Minas Gerais um exemplo significativo pelo pioneirismo de empresa pública estadual. Trata-se da Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado de Minas Gerais — EMATER-MG.

Sua instituição se fez por autorização legislativa, através da Lei Estadual nº 6.704, de 28 de novembro de 1975. Diz o art. 1º dessa lei:

“Fica o Poder Executivo autorizado a instituir, observada a legislação própria, uma *empresa pública* sob a denominação de Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado de Minas Gerais — EMATER-MG, *vinculada à Secretaria de Estado da Agricultura* e integrada ao Sistema Operacional de Agricultura, Pecuária e Abastecimento (SOAPA), com *personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira.*”

Estão, assim, previstos legalmente os elementos jurídicos com que deverá contar a nova empresa:

- 1 — será uma empresa pública;
- 2 — estará vinculada à Secretaria de Estado da Agricultura, configurando-se o controle administrativo;
- 3 — terá personalidade jurídica de direito privado, estabelecendo-se, assim, o regime jurídico sob o qual atuará a nova entidade;
- 4 — terá patrimônio próprio; e
- 5 — terá autonomia administrativa e financeira.

Com base na autorização legal recebida, o Estado de Minas Gerais firmou *contrato social*, aprovado pelo Decreto nº 17.836, de 8 de abril de 1976, com a Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural — EMBRATER, para constituição da EMATER-MG. Reza a primeira cláusula desse contrato social:

“O ESTADO e a EMBRATER, por este instrumento, ajustam a constituição de UMA SOCIEDADE CIVIL DE FINS ECONÔMICOS, por quotas de responsabilidade limitada, com *personalidade jurídica de direito privado*, patrimônio próprio e autonomia administrativa e financeira, EMPRESA PÚBLICA vinculada à Secretaria de Estado da Agricultura e integrada no Sistema Operacional de Agricultura, Pecuária e Abasteci-

mento (SOAPA), com a denominação de Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado de Minas Gerais — EMATER-MG.”

Aos elementos jurídicos já apontados anteriormente, figurados na lei autorizadora da sua criação, vem agora acrescer um novo elemento: a EMATER-MG se constitui, como SOCIEDADE CIVIL DE FINS ECONÔMICOS, POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.

O art. 4º do Estatuto da nova sociedade expõe os seus objetivos:

I — execução de atividades de assistência técnica e extensão rural;

II — colaborar... na formulação e execução das políticas de assistência técnica e extensão rural do Estado de Minas Gerais;

III — planejar, coordenar e executar programas de assistência técnica e extensão rural, visando à difusão de conhecimentos de natureza técnica, econômica e social, para aumento da produção e da produtividade agrícolas e a melhoria das condições de vida do meio rural do Estado de Minas Gerais, de acordo com as políticas de ação dos Governos Estadual e Federal.

Observando os objetivos fixados pelo Estatuto e ainda as diretrizes básicas estabelecidas pelo art. 5º do mesmo Estatuto, atentando também para as fontes de recursos enumerados no art. 10, podemos dizer que a atividade de prestação de serviços da sociedade em questão tem mais características de *serviço público* do que propriamente de atividade nitidamente econômica.

Participam do capital social o Estado de Minas Gerais com 39.990 quotas, e a EMBRATER com 10 (dez) quotas.

Creio ser interessante reparar um pormenor. A criação da EMATER-MG, vinculada à EMBRATER, empresa pública federal, constituída nos termos do Decreto nº 75.373, de 14 de fevereiro de 1975, veio, quem sabe, inaugurar um novo ângulo na organização administrativa brasileira, qual seja o da descentralização dentro da própria descentralização.

A EMBRATER, empresa pública federal, e, portanto, participe da administração indireta, descentralizada, para executar sua missão nos Estados-membros, se utiliza da *colaboração* (art. 4º do Estatuto da EMATER-MG) das entidades congêneres, operando a descentralização de atribuições, que são realizadas de par com os interesses e programas de cada Estado-membro.

Conclusão

O estudo que nos propusemos fazer a respeito da empresa pública procurou, antes de mais nada, ser uma análise. Não foi nosso intuito tirar conclusões definidoras de posições.

Serviu-nos a análise feita para fazer uma verificação de vulto. A empresa pública se apresenta como um esforço do Estado moderno de adequar a sua atividade às necessidades do momento. Se estas se tornam cada vez mais prementes e não podem esperar soluções demoradas, é preciso que o Estado atenda a essas exigências adotando técnicas novas para o desdobramento de sua atividade, quer quando executa tarefas que lhe são próprias, quer quando coordena ou dirige a atividade dos particulares, quer, ainda, quando assume diretamente e executa tarefas que seriam especificamente dos particulares.

O jurista não teve ainda tempo suficiente para adotar um quadro jurídico completo para emoldurar o novo fenômeno, que vem assim se manifestando à mercê das necessidades do momento, ajustando-se quanto possível aos moldes jurídicos já existentes.

BIBLIOGRAFIA

- Anales de Legislación Argentina*. Tomo XIX, 1.ª parte.
- Atos Constitutivos da EMATER-MG*. Série Documentos — 1.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.
- BILAC PINTO. "O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas". *RDA*, nº 32, págs. 1-15.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Empresa Pública*. São Paulo, J. Bushatsky, 1973.
- FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administratif Allemand*. Bruxelles, Bruylant, 1969.
- FRANCO SOBRINHO, M. de Oliveira. *Empresas Públicas no Brasil*. São Paulo, Revista Universitária, 1975.
- GARCIA, Pedro de Miguel, *El Intervencionismo y la Empresa Pública*. Madrid, Inst. de Estudios Administrativos, 1974.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, Inst. de Estudios Políticos, 1974.
- GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- LAUBADERE, A. de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris, L.G.D.J., 1970.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris, Dalloz, 6.ª ed., 1973.
- TREVES, Giuseppino. *Le Imprese Pubbliche*. Torino, Giapichelli, 1950.
- VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris, P.U.F., 1969.
- WALINE, Marcel. *Précis de Droit Administratif*. Paris, Ed. Montchrestien, 1969.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano, Giuffrè, 1959.