

SOCIEDADES MISTAS, EMPRESAS PÚBLICAS E O REGIME DE DIREITO PÚBLICO

STATE'S COMPANIES, MIXED PRIVATE-PUBLIC OWNERSHIP COMPANIES
"EMPRESA MISTA" AND THE PUBLIC LAW REGULATION

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.25>].

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

1. Sociedades¹ de economia mista, tanto como empresas públicas ou outras formas personalizadas que o Estado concebe, são meros instrumentos de sua ação. Para realizar atividades que lhe dizem respeito, o Poder Público engendra, no plano legislativo, distintos modelos *operacionais*, ou seja, fórmulas subjetivadas diversas, para implementar objetivos que assumiu no interessa da coletividade. Assim, ora optará pela instituição de pessoas de direito público, como as autarquias (por vezes criadas segundo o esquema de fundação pública), ora optará pela instituição de pessoas jurídicas de direito privado, como ocorre no caso de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Em quaisquer destas hipóteses, contudo, é evidente que as entidades a que deu vida não passam de sujeitos *auxiliares seus*. As finalidades em cujo nome foram instituídas as diretrizes a que devem se ajustar e os controles para aferir seu procedimento são, evidentemente, públicos. Nem poderia ser de outra forma. Por isto, todas elas são categorizadas, quer doutrinária, que normativamente, como entidades

1. *Como citar este artigo | *How to cite this article*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* | RDAI, São Paulo, ano 7, n. 25, p. 367-376, abr./jun. 2023. DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.25>].

** Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 24, v. 97, p. 29-36, jan./mar. 1991. A transcrição deste artigo foi realizada por Guillermo Glassman.

da “Administração indireta” (art. 4º do Dec.-lei federal 200, de 25.2.67, modificado pelo Dec.-lei 900, de 29.9.69, com alterações posteriores); ou seja: “administração pública indireta”, como é óbvio – e não administração privada indireta.

2. As criaturas em apreço são, pois, figuras pelas quais se realiza *administração pública*, vale dizer, administração de interesses que pertencem a toda a Sociedade e que, de conseguinte, têm que ser conhecidos e controlados por todos os membros do corpo social, através dos mecanismos que a sociedade, constitucional e ou legalmente, instituiu como pertinentes à fiscalização e correção dos negócios públicos. Ainda que sociedades mistas se submetam a controles internos ou efetuados meramente a nível de acionistas ou cotistas – evento que se processa na intimidade de tais sujeitos e que serve também e sobretudo à defesa de interesses privados dos acionistas minoritários – não podem se lavar dos controles externos, que são, aliás, de distintos tipos. Valham, como referência, os efetuados pela própria Administração Central, os que podem resultar de ação popular e os que se efetuam pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas pertinente (arts. 5º, LXXIII; 49, IX; 70 e 71 da CF).

Aliás, a existência de tais controles serve para demonstrar que as empresas públicas e sociedades de economia mista, conquanto modeladas sobre figurino tomado de empréstimo, em geral, ao direito mercantil, são visceralmente distintas da generalidade das pessoas de direito privado. Em relação a estas últimas não haveria cogitar das aludidas formas de controle.

3. Com efeito, os sujeitos que nascem do sopro estatal, seja quando instaurados com personalidade de direito público, seja quando criados com personalidade de direito privado, têm como traço essencial, como marca que os distingue de quaisquer outros, como signo que lhes preside a existência e comanda a intelecção se suas naturezas, o fato de serem criaturas *instrumentais* do Estado, são seres que gravitam na órbita pública. Estão, tanto como o próprio Estado, atrelados à realização de interesses de todo social e os recursos que os embasam são, no todo ou em sua parte majoritária, originários de fonte pública. Tais criaturas existem para que o Estado, por seu intermédio, conduza de modo satisfatório assuntos que dizem respeito a toda a coletividade.

Exatamente por isto – tal como o Estado – encontram-se sujeitas a todos os controles públicos necessários para a certeza e a segurança de que, ao desenvolverem seus cometimentos, manter-se-ão estritamente afiveladas ao cumprimento do escopo para o qual foram concebidas e atenderão obsequiosamente aos deveres de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, conforme disposto no art. 37 da Constituição brasileira, segundo o qual: “A administração pública direta, *indireta* ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal

e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: ...”.

4. Ditas criaturas, pois, ainda quando modeladas sob figurino privado, não são, portanto, da mesma cepa que as demais pessoas de direito privado. A razão de existir, os fins em vista dos quais são criadas, os recursos econômicos que manejam, os interesses a que servem (e podem servir) são manifestamente distintos e, sob muitos aspectos, até mesmo diametralmente opostos aos daquelas outras. Bastaria esta evidência para perceber-se que não poderiam mesmo estar submetidas a igual disciplina jurídica. Aliás, as próprias entidades em causa também comportam uma diversidade de regimes, conforme sejam prestadoras de serviço público ou exploradoras da atividade econômica.

Com efeito, é preciso distinguir as sociedades de economia mista e empresas públicas em duas distintas espécies; a saber: *prestadoras de serviços públicos* e *exploradoras* de atividade econômica, pois o regime de umas e outras não é idêntico. Ambas, pelas razões já expostas, inobstante sejam constituídas sob forma de direito privado, sofrem o impacto de regras de direito público. As primeiras, entretanto, são alcançadas por estes preceitos com uma carga mais intensa do que ocorre com as segundas, o que é perfeitamente compreensível.

5. Deveras, as prestadoras de serviço público desenvolvem atividade em tudo e por tudo equivalente aos misteres típicos do Estado e dos quais este é o senhor exclusivo. Operam, portanto, numa seara estatal por excelência, afeiçoada aos seus cometimentos tradicionais e que demandará, bastas vezes, o recurso a meios publicísticos de atuação (como sucede, aliás, inevitavelmente, com particulares concessionários de serviço público), de par com o rigor dos controles a que se têm de submeter, seja por se alimentarem de recursos captados da coletividade através de instrumentos de direito público (tarifas), seja pela supina relevância do bem jurídico de que se ocupam: o serviço público, isto é, “serviço existencial, relativamente à sociedade, ou pelo menos, assim havido num momento dado...”, no dizer de Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 3ª ed., Sulina, 1954, p. 84).

Como de outra feita averbamos, justamente em relação a esta espécie de sociedades,

“o grau de funcionalidade da distinção dentre pessoa de direito público e pessoa de direito privado – questão que se resume a uma discriminação de regimes – cai para seu nível mínimo. Embora sem apagar a distinção existente, reduz-se a teores modestos, dada a vigorosa concorrência de princípios e normas publicísticas inevitavelmente afluentes para a proteção da atividade desempenhada, controle da ação de seus agentes e defesa dos administrados. Assim, a personalidade de direito privado que lhes seja infundida, é matizada por vivos tons de direito público, a fim de ajustar-se a suas funções” (“Natureza essencial das sociedades mistas e empresas públicas”, *RDP* 71/115).

Já as exploradoras de atividade econômica protagonizam seu empenho em um campo que é, por definição, o terreno próprio dos particulares, das empresas privadas, e ao qual Estado só por exceção pode acorrer na qualidade de personagem empreendedor; ainda assim, este papel lhe é facultado apenas quando houver sido acicatado por motivos de alta relevância. Em tal hipótese, contudo, justamente para que não se instaure uma “concorrência desleal” com os particulares, a entidade governamental terá de comparecer despojada dos atributos que acompanham os entes governamentais.

Por tal razão, seu regime – neste caso – haverá de ser muito mais próximo do regime das empresas particulares do que ao operar na prestação de serviços públicos. De resto, é compreensível que para atuar na esfera econômica não necessite manejar prerrogativas estranhas a esta órbita e, de outro lado, que precise de agilidade similar à dos particulares, como condição de bom sucesso empresarial. Logo, é perfeitamente natural que aí seja *menos intenso* o afluxo de normas de direito público, as quais, todavia, como se dirá mais além, *nem por isso deixarão de comparecer em certa medida*, contanto que não impliquem criação de situação vantajosa no confronto com as empresas privadas.

Este *discrímen* entre os dois tipos de empresas estatais, com as correspondentes diversidades de regime, aponto-lo, já há alguns anos, em obra teórica, ao enfocarmos estas modalidades de atuação indireta do Estado (*Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 1ª ed., Ed. RT, 1973, pp. 101 e ss., 119, 122, 124, 135 e 141 a 143), volvendo, depois, várias vezes, sobre a importância deste tópico. Não ficamos escoteiros nesta demonstração. Outros estudiosos do Direito Público, como Eros Grau e Hely Lopes Meirelles, para citar dois nomes ilustres, também frisaram, em mais de uma oportunidade, o relevo do aludido *discrímen*.

6. De toda sorte, o fato é que a personalidade jurídica de direito privado conferida a sociedades de economia mista ou empresas públicas, sejam elas prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica, não significa, nem poderia significar, que, por tal circunstância, desgarrem da órbita pública ou que, comparativamente com as pessoas jurídicas de direito público, seja menor o *nível de seus comprometimentos* com objetivos que transcendem interesses privados. Muito menos, então, caberia imaginar que estejam libertas dos procedimentos defensivos dos recursos e interesses públicos nelas entranhados. Por isso, *assujeitam-se a um conjunto de regras de direito público* – algumas delas explícitas já no próprio Texto Constitucional – que vincam sua originalidade em contraste com as demais pessoas de direito privado.

De resto, se as sociedades de economia mista ou empresas públicas fossem pessoas submissas a um regime jurídico idêntico ao que é aplicado à generalidade das pessoas de direito privado, não existiriam como categoria jurídica autônoma,

No art. 163 prevê-se que lei complementar disporá sobre “dívida pública externa e interna, incluídas a das autarquias, fundações e demais *entidades controladas pelo Poder Público*”.

No art. 165, §5º, determina-se que a lei orçamentária anual compreenderá “o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e *indireta*, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (inc. I);

“o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente *detenha a maioria do capital social com o direito a voto* (inc. II); “o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou *indireta*, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público” (inc. III).

No § 9º do mesmo art. 165, explicita-se que a lei complementar deverá “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e *indireta*, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos”.

No art. 169, parágrafo único, dispõe-se que

“a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou a alteração da estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos ou entidades da administração direta ou *indireta*, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas: I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes”.

Note-se que todos os dispositivos arrolados são obrigatórios também para Estados e Municípios, seja por força de suas próprias dicções, seja por disposição constitucional explícita determinando seu acolhimento nestas esferas, seja por envolverem princípios constitucionais, caso em que, nos termos do art. 25, são impositivos para os Estados, que terão de acolhê-los ou respeitá-los nas “Constituições e leis que adotarem”.

12. Esta volumosa cópia de versículos constitucionais, nos quais são versados variados aspectos concernentes às entidades da administração indireta, quer tenham personalidade de direito público ou de direito privado, *quer sejam exploradoras da atividade econômica* ou *prestadoras de serviços públicos*, demonstra de maneira inconfutável, incontendível mesmo, que, por imperativo da própria Lei Maior, o regime jurídico a que se submetem apresenta diferenças profundas em relação à disciplina própria das empresas privadas em geral, já que a estas últimas não se aplica nenhum dos preceitos referidos.

Deles ressuma, tal como amplamente se disse no início deste estudo, que ditas entidades governamentais são simples instrumentos personalizados da ação estatal.

Caracterizam-se como meros sujeitos auxiliares, conaturalmente engajados na realização de interesses pertinentes à toda a coletividade e, portanto, inconfundíveis com interesses privados.

13. A Constituição deixou, pois, translucidamente estampado o caráter ancilar que lhes quis atribuir (e atribuiu), o que é particularmente visível na preocupação manifesta de mantê-los sob estrito controle através de *mecanismos de direito público* (sujeição ao Tribunal de Contas, p. ex.) e de conservar-lhes os meios humanos e materiais sob rigoroso enquadramento, também por via de *instrumentos de direito público* (concurso público para admissão de pessoal; suficiência de prévia dotação orçamentária para atender a expansão da despesa como condição de deferimento de vantagens, de aumentos retributivos ou de alteração da estrutura de carreiras – que, evidentemente, não são normas trabalhistas; fixação pelo Senado de limites para o endividamento; inclusão de seus orçamentos na lei orçamentária anual da pessoa de direito público a que estejam jungidos). O mesmo fenômeno se repete no que concerne à disciplina preliminar à obtenção de bens, obras ou serviços e alienações, pois também aí foram assujeitados a um *procedimento de direito público* (licitação pública, que, também evidentemente, não é norma obrigacional de direito privado).

Assim, ressalta com indiscutível obviedade que o regime jurídico das sociedades mistas e empresas públicas, por decisão constitucional obrigatória para todo o País, não é o mesmo regime aplicável a empresas privadas, e nem sempre é idêntico ao destas no que concerne às relações com terceiros, na medida em que, com objetivos de melhor controlá-las, a Lei Maior impôs-lhe procedimentos e contenções (que refluem sobre a liberdade de seus relacionamentos; como o concurso público para admissão de pessoal e a licitação pública) inexistentes para a generalidade das pessoas de direito privado.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Empresa pública na nova Constituição, de Toshio Mukai – *RDAI* 15/367-377;
- Natureza essencial das sociedades mistas e empresas públicas, de Celso Antônio Bandeira de Mello – *RDAI* 16/383-390; e
- Sociedade de economia mista exploradora de serviço público, de José Manoel de Arruda Alvim Netto – *Soluções Práticas* – *Arruda Alvim* 1/869-896.