

EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

EMPRESA PÚBLICA

CARACTERÍSTICAS

- criação deve ser autorizada por lei (art. 37, XIX CF)
 - personalidade jurídica de DPri¹
 - constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito²
 - capital inteiramente público (da AP Direta ou Indireta³)
- Ex: ECT⁴, Infraero⁵, Embratur, BNDES⁶, CEF

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

CARACTERÍSTICAS

- criação deve ser autorizada por lei (art. 37, XIX CF)
 - personalidade jurídica de DPri⁷
 - constituída sob a forma de sociedade anônima
(Lei 6.404/76⁸ – arts. 235 a 242; Lei nº 13.303/2016 – art. 5º)
 - conjugação de capital público e privado
Maioria das ações com direito a voto deve pertencer à AP Direta (União, nas federais, Estado, nas estaduais, e Município, nas municipais) ou a entidade da AP Indireta – art. 5º, III, DI 200/67⁹
- Ex: Banco do Brasil, Petrobrás, URBS, CIC, COHAB

¹ submetendo-se a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental

² na prática, no entanto, a forma adotada para as empresas públicas tem sido, invariavelmente, a da sociedade anônima.

³ há autores, como JCJ, que não admitem a participação de s.e.m. nessa composição de capital, por possuir parcela, embora minoritária, de capital particular, o que iria contra a definição de empresa pública.

⁴ Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

⁵ Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária

⁶ Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

⁷ submetendo-se a certas regras especiais decorrentes da sua natureza auxiliar da ação governamental

⁸ Lei das SA

⁹ “III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito

Usa-se a palavra “empresas estatais” para designar, de forma genérica, as ep e as sem.

TIPOS DE EP E SEM

Através destes sujeitos, o Estado realiza atividades de dois tipos:

- *Exploração de atividades econômicas*

Atividades que em princípio competem à iniciativa privada. Sua exploração, em princípio, é da alçada dos particulares, típica da iniciativa privada.

O Estado só pode protagonizá-las em caráter excepcional.

Art. 173 CF/1988 - O Estado pode atuar diretamente no setor econômico, quando necessário aos “imperativos de segurança nacional” e ao atendimento de “relevante interesse coletivo”.

Ex:

Banco do Brasil - sem eae; CEF – ep eae

- *Prestação de serviços públicos*

Atividades pertinentes à esfera do Estado.

Serviços qualificados, pela Constituição¹⁰ ou pela lei, como próprios de entidade estatal.

Ex: CF/1988 art. 21 - serviço postal e correio aéreo nacional (X)¹¹, serviço de telecomunicações (XI), serviço de radiodifusão (XII, a), serviço de energia elétrica (XII, b), navegação aérea e infraestrutura aeroportuária (XII, c), transporte ferroviário e aquático (XII, d), portos (XII, e); seguridade social (art. 194), serviços de saúde (art. 196) e educação (art. 205 e 208)

Ex:

a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.” (Redação dada ao inciso pelo Decreto-Lei nº 900, de 29.09.1969)

¹⁰ A enumeração da CF não é exaustiva. União, Estados, DF e Municípios podem criar serviços públicos não mencionados na CF. Ex, na esfera municipal: serviço funerário

¹¹ são serviços que só podem ser prestados pelo próprio Estado. Isto porque o art. 21, nos incisos XI e XII arrola diversos serviços, esclarecendo que poderão ser explorados diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. No inciso X não há tal possibilidade.

ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – é ep prestadora de serviço público previsto no art. 21, X CF/1988;; Infraero – ep psp; URBS – sem psp; RFFSA – sem psp CPTM - Cia Paulista de Transp. Metropolitano – sem psp

É a Constituição, a lei (e a tradição) que dizem, em dado local e dado momento, se determinada atividade é serviço público ou atividade econômica. Trata-se de uma escolha política.

Há, portanto, dois tipos de ep e sem: exploradoras de atividade econômica e prestadora de serviços públicos.

Seus regimes jurídicos não são idênticos.

Não é idêntico o regime jurídico aplicável às ep e sem que atuam na esfera dos serviços públicos e que exploram atividade econômica.

Para as empresas estatais que exploram atividade econômica, o rj é mais próximo daquele aplicável às pessoas de DPri¹².

A CF, no art. 173, § 1º, II estabelece que em tais hipóteses elas se regulam pelo regime próprio das empresas privadas.

Para as empresas estatais que prestam serviços públicos, é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de DPú.

NORMAS DERROGATÓRIAS APLICÁVEIS A AMBAS

As ep e sem, sejam exploradoras de atividade econômica, sejam prestadoras de serviços públicos, são atingidas por normas que impedem a perfeita simetria do regime jurídico delas e o aplicável à generalidade dos sujeitos de DPri.

Tais entidades, constituídas pelo Estado como auxiliares seus, manejam recursos captados total ou majoritariamente de fontes públicas, e por isso devem estar submetidas a disposições¹³ que não vigoram para as demais pessoas de DPri.

Seu regime, por isso, é peculiar.

Há, portanto, normas derogatórias do Direito Comum que se aplicam a ambas:

- art. 37 CF – submete-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.
- Art. 37, II CF – impõe concurso público para admissão em emprego na AP Indireta;
- Art. 37 XVII CF – estabelece a proibição de acumular cargos, empregos e funções públicas;
- Art. 37 XIX CF – só por lei específica pode ser autorizada a criação de ep e sem;
- Arts. 70, 71 e 75 CF – sujeitam-se ao controle dos Tribunais de Contas (fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial e contábil), como instituição auxiliar do Legislativo;
- Art. 49, X CF - Sujeitam-se ao controle do Poder Legislativo - além da fiscalização financeira e orçamentária, é dotado de competência para fiscalizar e controlar os atos editados no âmbito de tais entidades;

¹² Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas, compreende-se que estejam, em suas atuações, submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais.

¹³ Disposições cautelares, defensivas tanto da lisura e propriedade no dispêndio destes recursos quanto dos direitos dos administrados a uma atuação impessoal e isonômica, quando das relações que com elas entrettenham.

- submissão, em matéria de finanças públicas, às exigências dos arts. 52, VII, 169 e 165, §§ 5º e 9º CF¹⁴;
- Seus atos sujeitam-se a mandado de segurança (art. 5º, LXIX CF, art. 1º, § 1º Lei 12.016/2009¹⁵) e a ação popular (art. 5º LXXIII CF);
- Legitimação ativa para ação civil pública (art. 5º Lei 7.347/85)
- As ep têm Juízo privativo (art. 109, I CF/1988); Isto não se aplica às sem (Súmula 556 STF¹⁶).
- Há quem defenda que às ep e às sem se aplica a prescrição quinquenal (por força da aplicação do Decreto-lei 4.597/42 e do Decreto 20.910/32)¹⁷; O STJ, todavia, vem entendendo que quando se tratar de empresa estatal eae, a prescrição é a de Direito Comum¹⁸.

RELAÇÕES COM A AP DIRETA

Criação e extinção:

Criação

Só podem ser criadas se houver autorização dada por lei específica¹⁹ (art. 37, XIX)²⁰.

¹⁴ Estão sujeitas às normas gerais de Direito Financeiro constantes na Lei 4.320/64. Estão também sujeitas à Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101, de 04.05.2000 (art. 1º, § 3º, I, b)

¹⁵ Ressalvado o que consta no § 2º do art. 1º da Lei 12.016/2009: “Art. 1º (...) § 2º - Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.”

¹⁶ “É competente a justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista”

¹⁷ Edmir Netto de Araújo

¹⁸ “A prescrição de prazo curto, criada pelo D. 20.910/32, não beneficia empresa pública, sociedade de economia mista ou qualquer outra entidade estatal que explore atividade econômica (STJ, REsp 78716-SP)

¹⁹ A criação de subsidiárias das empresas estatais também depende de leis específicas (art. 37, XX CF)

²⁰ Como observa MJF, a lei não cria a empresa estatal. A lei contém autorização para a criação da empresa estatal, mas não basta a lei para criá-la. É necessário o cumprimento das formalidades previstas no DPri, que

Assim, o Legislativo não pode conferir autorização genérica ao Executivo para instituir tais pessoas.

É preciso que a lei designe:

- que entidade pretende gerar;
- que fins deverão por ela serem cumpridos; e
- quais as atribuições a ela são conferidos para atingir tais fins.

Se for ep ou sem exploradora de atividade econômica, deve a lei definir o “relevante interesse coletivo” ou o “imperativo de segurança nacional” que justificam a criação da entidade (art. 173 CF/1988; art. 2º, § 1º da Lei nº 13.303/2016).

Extinção

Uma vez que as ep e sem são criadas mediante autorização legal, só podem ser extintas pela Administração Pública por lei.

Falência

O art. 2º da Lei 11.101/05 (nova Lei de Falências) prevê que a mesma não se aplica a ep e sem²¹.

MJF já defendia não pode haver falência de ep e sem, não importando se são psp ou eae.

Argumenta ele que: (a) só uma lei pode determinar sua extinção; (b) a transferência de controle para o síndico, que normalmente é um dos

variam segundo a forma societária. Se, p.ex., se tratar de SA, depende de subscrição das ações, aprovação do estatuto pelos sócios em assembléia geral ou por escritura, bem como do cumprimento das formalidades perante o Registro de Comércio.

credores, é incompatível com a natureza das empresas estatais²²; (c) a falência seria inútil, pois há responsabilidade subsidiária do Ente que cria a empresa estatal²³;

Na prática não se tem notícia de falência de ep e sem.

Não obstante esteja a matéria hoje pacificada em face da disciplina legal acerca da matéria, por muito tempo se defendeu na doutrina que, como são entidades compostas com forma mercantil, poderiam elas em tese vir a desaparecer em decorrência de falência.

Em sendo admitido isso, no curso da falência, haveria uma diferença de tratamento conforme se trate de exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviço público.

- eae

Quando se tratasse de eae a falência teria curso absolutamente normal, como a falência de outra entidade mercantil qualquer. Isto porque o art. 173, § 1º, II atribui-lhes sujeição “ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto aos direitos e obrigações civis e comerciais”. O Estado, no caso, não responderia subsidiariamente pelos créditos de terceiros que ficassem a descoberto. Isto porque se o fizesse, estaria oferecendo-lhes um respaldo de que não desfrutam as demais empresas privadas.

- psp

Quando se tratasse de psp, os bens afetados ao serviço público são bens públicos e não sujeitar-se-iam à falência, porque não poderiam ser afastados desta finalidade pública. Argumentava-se, para isso, que não faria sentido que interesses creditícios de terceiros preferissem ao interesse da coletividade no regular prosseguimento do serviço público. Assim, ao serem

²¹ “Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista;”

²² há, segundo MJF, impossibilidade jurídica de o patrimônio de uma entidade estatal ser gerido por um credor privado

arrecadados os bens da massa falida, aqueles aplicados à prestação do serviço público ficarão à margem dela, pois têm que permanecer intangíveis. O Estado responderia subsidiariamente até o montante das habilitações deferidas.²⁴

Esta discussão, todavia, nos parece superada, face à previsão de Lei de Falências no sentido de que não se aplica às empresas estatais.

Controle

Estão sujeitas ao controle/tutela, para assegurar a realização dos objetivos básicos em vista dos quais a entidade foi criada.²⁵

Sofrem controle (externo) do Congresso Nacional (art. 49, X CF/1988)

²³ seja ela, segundo MJF, psp ou eae

²⁴ Isto porque, tratando-se de sujeito psp, atividades que são típicas do Estado, é natural que, exaustas as forças do sujeito que criou para realizá-las, responda pelos atos de sua criatura, já que esta não tem mais como fazê-lo.

²⁵ Art. 19 e 26 do Decreto-lei 200/67.

“Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

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.

Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

- a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;
- b) designação, pelo Ministro, dos representantes do Governo Federal nas Assembléias e órgãos de administração ou controle da entidade;
- c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;
- d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;
- e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle;
- f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;
- g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;
- h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;

Sofrem o controle (externo) do Tribunal de Contas (art. 70, I e III CF/1988)

RELAÇÕES COM TERCEIROS

Contratos e licitação nas eae

Por regerem-se primordialmente pelo DPri, seus contratos não são considerados contratos adm.

O inciso III, do § 1º, do art. 173²⁶ da CF/1988 prevê a edição de lei que estabeleça o estatuto jurídico da ep e sem que explorem atividade econômica, dispondo sobre “(...) III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações”. Logo, a CF prevê a edição de uma lei para disciplinar licitação e contratação das ep e sem exploradoras de atividade econômica.

Até 2016 tal lei não havia sido ainda editada. O TCU, em face de tal omissão, firmou entendimento (acórdão 121/1998) no sentido de que obras, serviços ou compras relacionados às *atividades-meio* das eae *exigem licitação*, enquanto obras, serviços ou compras relacionados às *atividades-fim dispensam licitação*. Este raciocínio visa viabilizar a atividade econômica da empresa estatal, pois, se assim não fosse, não teria ela condições de competir com os demais agentes do setor econômico²⁷.

i) intervenção, por motivo de interesse público.”

²⁶ Aplica-se também o art. 22, XXVII CF/1988

²⁷ Ex: Petrobrás – não há porque promover licitação para a aquisição de barris de petróleo para refino – compra-se de acordo c/ o valor do mercado mundial; nem para a venda de gasolina por ela produzida – vende-se de acordo c/ o valor de mercado. Já na contratação de empreiteira para construir uma sede da empresa encontra-se presente a necessidade de licitação.

Na doutrina defende-se que se dá como afastada a exigência de licitação nas hipóteses em que o uso de tal instituto inviabilizaria o normal desempenho que é cometido à estatal, ou seja, na rotineira aquisição de bens e insumos, bem como na rotineira comercialização dos bens ou serviços que ela coloca no mercado.

Editou-se, então, a Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), a qual, no art. 28, § 3º, I, seguindo este entendimento do TCU, prevê ser dispensável a licitação para “comercialização, prestação ou execução, de forma direta (...) de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais”.

As contratações que não se encaixarem nesta exceção deverão ser feitas na forma da Lei 8.666/1993 e das regras gerais da Lei nº 13.303/2016.

Contratos e licitação das psp

Os contratos firmados para o atendimento das finalidades a que estão legalmente prepostas são contratos adm, havendo obrigatoriedade de serem precedidos de licitação (art. 37, XXI CF/1988, art. 1º Lei 8.666/93 e arts. 1º e 28/81 da Lei nº 13.303/2016)

As psp se sujeitam às normas gerais de licitação e contratos (Lei 8.666/93)

Regime tributário das eae

Quanto às obrigações tributárias, a situação é a mesma da generalidade das empresas que operam no setor privado, sem qualquer privilégio.

Regime tributário das psp

As empresas estatais psp normalmente operam mediante contraprestação ou pagamento de preço ou tarifa pelo usuário do serviço.

Assim, mesmo que psp, havendo esta contraprestação, elas não se beneficiam da imunidade prevista no art. 150, VI, “a” da CF/1988.

Isto porque o § 3º é explícito em excluir a imunidade quando haja contraprestação ou pagamento de tarifa pelo usuário do serviço.

Bens

Quando eae, os bens não são considerados públicos, estando, por ex. sujeitos à penhora.

Quando psp, aqueles bens afetados à prestação do serviço público sofrem proteção jurídica, podendo-se cogitar de sua impenhorabilidade²⁸.

Responsabilidade

Quando eae, sua responsabilidade está sob a mesma disciplina das empresas privadas (responsabilidade subjetiva) e o Estado não responde subsidiariamente por seus atos²⁹.

Quando psp, os critérios de responsabilidade por danos causados a terceiros são iguais ao do Estado: responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º)

O Estado responde subsidiariamente nesse caso.

RELAÇÕES INTERNAS

O pessoal das empresas estatais rege-se pela CLT, por ser entidade de DPri, e porque o art. 182 do Decreto-lei 200 é expreso nesse sentido (no caso das eae, há também o art. 173, II CF/1988)

²⁸ Inclusive especificamente no que diz respeito à Empresa de Correios e Telégrafos, entende-se que, muito embora empresa pública, salda ela suas dívidas através de precatório requisitório: STF – REExt 393032 MG – “CIVIL. **EXECUÇÃO CONTRA A ECT. SISTEMA DE PRECATÓRIO**. 1. A **execução** contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – **ECT** deve ser feita pelo **sistema de precatório**, pois, segundo o entendimento do STF, seus bens são impenhoráveis (RE nº 220.906-9)”

²⁹ ressalve-se que MJF dá a entender que para ele, há responsabilidade subsidiária da AP Direta também em relação as ep e sem eae

Há o influxo de regras de DPú:

- Investidura nos empregos depende de aprovação prévia em concurso (art. 37, II)
- Incidem sobre os empregados a proibição de acumulação de cargos, empregos e funções públicos (art. 37, XVII, CF/1988)

Com relação aos dirigentes das mesmas, assim lembra Edmir Netto de Araújo: *“Como qualquer S/A, os dirigentes (...) (Presidente, Vice-Presidente, Conselheiros , eventualmente Diretores, etc.) são detentores de **mandato**, eleitos em Assembléia de acionistas, mas isso se faz normalmente por indicação do representante da Fazenda Pública (que geralmente já traz essa indicação do próprio governante), e pela mesma via é que serão destituídos, salvo (no âmbito federal) disposição legal em outro sentido.”*

A nomeação dos dirigentes, assim como as regras de direção e gestão das empresas estatais estão nos arts. 5º/27 da Lei nº 13.303/2016.

TRAÇOS COMUNS ENTRE AS EP E AS SEM

- criação e extinção autorizadas por lei;
art. 37, XIX CF/1988, art. 5º, II e III do Decreto-lei 200/67, e para as sem também o art. 236 da Lei das SA (Lei 6.404/76³⁰)
- personalidade jurídica de DPri³¹
- sujeição ao controle/tutela estatal
- derrogação parcial do regime de DPri por normas de DPú
- vinculação aos fins definidos na lei instituidora³²

³⁰ “Art. 236. A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa.”

³¹ As empresas estatais foram idealizadas por fornecer ao PP instrumento adequado para o desempenho de atividades de natureza comercial e industrial; foi precisamente a forma de funcionamento e organização das empresas privadas que atraiu o PP. Daí sua personalidade jurídica de DPri

DIFERENÇAS ENTRE AS EP E AS SEM

- Capital

1. ep

Constituída por capital inteiramente público;

O capital das ep é constituído de recursos integralmente públicos (provenientes da AP Direta ou de entidades da AP Indireta).

2. sem

Constituída por capital público e privado;

Nas sem há conjugação de recursos particulares com recursos provenientes públicos (da AP Direta ou de entidades da AP Indireta), com prevalência acionária votante da esfera governamental.

- Forma de organização

1. ep

As ep podem adotar qualquer forma societária dentre as em Direito admitidas³³;

2. sem

As sem terão obrigatoriamente a forma de sociedade anônima (art. 5º do Decreto-lei 200, arts. 235/241 da Lei das AS e art. 5º da Lei nº 13.303/2016).

- Juízo

1. ep

Têm Juízo privativo/especial. Processos em que as ep sejam parte são processados e julgados perante a Justiça Federal e as Varas da Fazenda Pública (art. 109, I CF/1988);

2. sem

Ações relativas a sem são apreciáveis pela Justiça Comum (Súmula 556 STF).

³² Em geral as estatais atuam nos seguintes campos: petróleo (Petrobrás – sem), bancos (Banco do Brasil – sem, CEF – ep), energia elétrica (Copel), ferrovias (Rede Ferroviária Federal S/A – sem), habitação popular (COHAB), água (Sanepar), gás, transportes urbanos e metropolitanos (URBS).

³³ inclusive a forma de sociedade “unipessoal” prevista apenas para elas

Natureza de ambas

Ep e sem são fundamentalmente instrumentos de ação do Estado.

Um traço caracterizador dessas pessoas é o de constituírem auxiliares do Poder Público.

Assim, muito embora tenham regime jurídico de DPri, são entidades voltadas à busca de interesses transcendentais aos meramente privados.

Exatamente por esta vocação, mesmo nas sem (em que há concorrência de capitais privados), a lei estabelece que a supremacia votante terá de ser governamental.

Isto para garantir que seu controle, a condução de seus destinos seja estritamente da alçada do Estado ou de entes da AP Indireta, sem que possa repartir decisões sobre qualquer assunto de interesse coletivo com particulares.

Art. 238 da Lei das SA (Lei 6.404/76) – estabelece que a pessoa jurídica que controla a companhia mista pode orientá-la de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação.

Por isso, nas sem não pode haver acordo de acionistas por via dos quais fiquem outorgados aos acionistas minoritários poderes que lhes ensejem conduzir a empresa.