

1. O Chefe de Gabinete da EMOP, considerando que a empresa vem sendo tolhida por atos normativos expedidos no último Governo do extinto Estado da Guanabara, impossibilitando-a de atuar plenamente em consonância com as diretrizes traçadas pela Reforma Administrativa Federal, implantada no Estado através do recente Decreto-lei 239, de 21-7-75, solicita parecer do órgão jurídico, particularmente no que respeita a licitações para contratar.

. Ouvida a Assessoria Jurídica da SOSP, concluiu esse órgão setorial, aliás baseado em trecho de nosso Ofício 51/75-SLC, que a EMOP, embora não estando obrigada em princípio às regras de licitação vigentes na Administração direta e autárquica, deverá a elas submeter-se, fazendo para isto alterar seu Estatuto Social.

2. Impõe-se, antes de mais nada, desfazer o equívoco que nosso anterior pronunciamento parece ter ocasionado. Jamais foi nossa intenção admitir ou recomendar a autarquização das entidades da Administração indireta dotadas de personalidade jurídica de direito privado, por meio de alteração de comandos estatutários.

O trecho de nosso Ofício 51/75-SLC transcrito a fls. está inserido em contexto no qual a tese central tratada é a da impossibilidade do acionista majoritário ou único impor às sociedades de economia mista ou às empresas públicas comandos específicos através de atos externos, visto que a lei básica dessas empresas e da qual dimanam com exclusividade as regras de sua atuação é o Estatuto Social.

3. A questão da centralização das referidas entidades efetivada através de submissão das mesmas a normas vigentes no âmbito da Administração direta e autárquica foi apenas abordada lateralmente no Ofício 51/75-SLC, sem preocupação de traçar qualquer orientação nesse particular. A referência visou apenas ilustrar situações que se verificavam tanto no antigo Estado do Rio como no da Guanabara. Neste último, particularmente, prevaleceu com bastante ênfase, no quadriênio final de sua existência, a tendência de centralizar as entidades em questão, dando-lhes tratamento de órgãos da Administração direta. Embora tal tendência sempre nos tenha parecido conflitar com as diretrizes da Reforma Administrativa, possuía, contudo, alguma base de sustentação sob o ponto de vista estritamente legal. É que o Decreto-lei número 1.193/66, que introduziu parcialmente as normas do Decreto-lei n.º 200/67 no antigo Estado da Guanabara, omitiu a regra constante do parágrafo único do art. 27 desse diploma federal, que assegura às sociedades de economia mista e às em-

presas públicas condições de funcionamento idênticas às do setor privado. Daí admitir-se, no âmbito do antigo Estado da Guanabara ou daqueles que não tenham acolhido integralmente a Reforma Administrativa federal, as restrições pertinentes à Administração direta, impostas a tais entidades através dos respectivos Estatutos Sociais.

4. A mesma situação, entretanto, não ocorre no atual Estado do Rio de Janeiro, uma vez que o Decreto-Lei n.º 239, de 21-7-75, implantou em toda sua amplitude a Reforma Administrativa no novo Estado, consignando expressamente, no art. 4.º, § 2.º, a aludida regra assecuratória do funcionamento das sociedades de economia mista e empresas públicas em igualdade de condições com as empresas privadas. O novo diploma legal revogou, inclusive, expressamente, as disposições legais dos antigos Estados colidentes com as novas diretrizes impostas às referidas entidades. De modo que, frente ao direito positivo do atual Estado do Rio de Janeiro, aquela tendência centralizadora que prevaleceu no antigo Estado da Guanabara não tem qualquer guarida.

5. Assim, face ao disposto no art. 170, § 2.º, da Constituição Federal e ao disposto no art. 4.º, § 2.º do Decreto-lei 239, de 21-7-75, as sociedades de economia mista e as empresas públicas estaduais devem moldar-se de acordo com as estruturas administrativas e operacionais das empresas comerciais, sob pena de se reputarem ilegais quaisquer tentativas de desvirtuamento de sua personalidade jurídica de direito privado.

6. De fato, face ao direito positivo federal e estadual, as sociedades de economia mista e as empresas públicas são instrumentos de ação da atividade estatal, mas dotadas de personalidade jurídica de direito privado com todas as consequências daí decorrentes.

A Constituição Federal, de um lado, impõe inequivocamente a essas entidades, no art. 170 §§ 2.º e 3.º, métodos de ação inerentes às pessoas jurídicas de direito privado, muito embora o preceito constitucional tenha como objetivo preponderante a proteção das empresas comerciais que atuam no mesmo setor da economia, contra eventuais regalias ou privilégios que as entidades da Administração indireta possam eventualmente arrogar-se em razão de sua origem.

De outro lado, o Decreto-Lei 200/67, na órbita federal (art. 27, parágrafo único), e o Decreto-Lei n.º 239/75, no âmbito estadual (art. 4.º, § 2.º), imprimem a mesma ênfase na conceituação jurídica das sociedades de economia mista e empresas públicas, já agora visando especificamente preservar-lhes a personalidade de direito privado contra a tendência da Administração tolher as respectivas atividades,

através de submissão a normas de ação próprias da Administração direta.

7. A preocupação de preservar a personalidade jurídica de direito privado das sociedades de economia mista e das empresas públicas — com vistas sempre a maior eficiência, agilidade e produtividade — vem de ser mais uma vez enfatizada na recente Lei Federal n.º 6.223, de 14-7-75, que estendeu a fiscalização financeira dos Tribunais de Contas competentes a essas entidades.

Ao contrário do que muitos possam pensar, o diploma legal em questão realçou a personalidade jurídica de direito privado das sociedades de economia mista e das empresas públicas, bem como a exigência de adotarem métodos de ação do setor privado da economia. Assim é que o § 1.º do art. 7.º do referido diploma legal impõe que a fiscalização efetivada pelo Tribunal de Contas respeite as peculiaridades de funcionamento dessas entidades, levando em conta os respectivos objetivos, a natureza empresarial e operação segundo os métodos das empresas privadas. Veda, outrossim, taxativamente, o § 2.º do mesmo artigo, a imposição de normas não previstas na legislação geral ou específica que lhes seja pertinente.

8. Como se vê, a observância pelas sociedades de economia mista e empresas públicas de métodos de ação das empresas comerciais é imposição de ordem legal e tem fundamento em preceito constitucional. Não se justifica, assim, que por questão de zelo em preservar a moralidade administrativa se imponha a essas entidades restrições inconciliáveis com a necessária agilidade e maleabilidade de que devem revestir-se. O zelo excessivo nesse particular leva a subestimar a capacidade da Administração fazer respeitar o interesse social através do exercício dos controles próprios previstos na legislação da Reforma Administrativa, ao invés de promover a conscientização dos administradores dos objetivos da Reforma em implantar **a descentralização com responsabilidade** dos serviços públicos.

9. Não nos parecem, portanto, válidas, no âmbito estadual, face ao disposto no art. 4.º, § 2.º, do Decreto-lei n.º 239/75, a inserção nos atos constitutivos das entidades da Administração indireta aqui cogitadas de normas operacionais restritivas que não se harmonizam com os métodos da ação privada que a lei procura enfaticamente preservar.

Os diretores das sociedades de economia mista e empresas públicas têm suas responsabilidades sobremodo agravadas, em comparação com as dos administradores dos órgãos da Administração direta e das autarquias. Isto porque as auto-limitações que os regulamentos administrativos impõem e nas quais esses administradores encontram respaldo para suas decisões, são incompatíveis com os métodos operacionais do setor privado. O que se exige da

diretoria no âmbito empresarial é a assuação de responsabilidades frente a situações emergentes que requerem sobretudo criatividade. Daí a ênfase da Reforma ao segundo termo do binômio sobre o qual assenta: descentralização com **responsabilidade**.

Nesse sentido é que nos parece incongruente a praxe de reger a estrutura e as atividades das sociedades de economia mista e das empresas públicas por meio de **regimentos internos** rígidos, detalhados e autolimitativos, como se tais empresas fossem autênticos Departamentos da Administração direta. Deveriam, isto sim, ser preparados meros Manuais de Organização, onde fossem delimitados em termos genéricos as áreas de atuação, as esferas de competência e o relacionamento interno dos vários setores da empresa.

10. Completando o nosso entendimento sobre o assunto, vale reproduzir o que já afirmamos em outra oportunidade (Ofício número 61/75-SLC):

“As empresas públicas e as sociedades de economia mista são de fato instrumentos da atividade estatal, mas instrumentos que, em seu funcionamento, se submetem ao regime do direito privado por força do direito positivo brasileiro.

O fato dessas entidades executarem por delegação um serviço público federal, de modo algum descaracteriza a sua personalidade jurídica de direito privado, da mesma forma que isso não ocorreria em relação a uma concessionária de serviço público. A execução do serviço público que tais entidades — ou as concessionárias — têm por objeto, sim, estará sob a égide de normas administrativas que lhes são pertinentes, sem que isto, contudo, afete a natureza jurídica da executora do serviço público.

As sociedades de economia mista e as empresas públicas face ao direito positivo brasileiro são indubitavelmente pessoas jurídicas de direito privado regidas por normas de direito privado, titulares de patrimônio privado, enfim, integrantes da classe de pessoas jurídicas de que trata o art. 16 do Código Civil. Nem se argua que pertencem a uma terceira classe — a das semi-públicas ou semi-privadas — pois o direito vigente não contempla essa espécie intermediária. A personalidade jurídica ou é pública ou é privada.

Certo é que as sociedades de economia mista e as empresas públicas, por serem instrumentos através do qual se manifesta a atividade estatal, sofrem certas restrições que lhes conferem uma feição original em face das demais sociedades mercantis. Tais restrições decorrem do princípio fundamental de controle a que estão sujeitos todos os entes administrativos e que no caso das entidades da administração indireta se efe-

tiva através da supervisão ministerial, nos termos estabelecidos no Decreto-lei n.º 200/67. Tais restrições, contudo, são compatíveis com a natureza jurídica dessas entidades, motivo pelo qual não a alteram ou derrogam."

11. Com respeito, portanto, à consulta inicial e à manifestação da Assessoria Jurídica da SOSP, entendemos que a transposição para o estatuto da empresa de normas de administração financeira pertinentes à Administração direta e autárquica constitui frontal violação do disposto no art. 4.º, § 2.º, do Decreto-lei n.º 239/75.

Admitimos, sim, que se adote o **princípio de licitação**. Todavia, deverá ele ser acolhido em termos compatíveis com a personalidade jurídica de direito privado da EMOP. Isto é, deverá ser adotado em termos meramente programáticos e de modo adequado com a natureza empresarial da entidade e, não, revestido de caráter auto-limitativo da direção da empresa. Por esse motivo, deverá antes constar de ato interno baixado pelo Conselho Diretor do que do Estatuto Social.

12. Finalmente, é preciso atentar para a seguinte questão: caso se entenda que os objetivos da EMOP não se compatibilizam com métodos de ação privada, não obstante se conclua ser recomendável conferir-lhe certo grau de autonomia financeira e administrativa, será então o caso de extinguir a empresa, segundo os procedimentos legais pertinentes, e em seu lugar constituir mediante a autorização legislativa necessária uma autarquia. O que não se poderá nunca admitir, face ao direito vigente, é a autarquização da empresa pública.

SABINO LAMEGO DE CAMARGO
Procurador-Chefe da
Procuradoria Administrativa

PROCESSO 07/003.577/75

Grande é a divergência de opiniões neste processo: enquanto os Procuradores Luiz Carlos Guimarães Castro e Paulo Barros Araújo Lima sustentam que a EMOP pode — e deve mesmo, dada sua condição de executora, com recursos estatais, de obras públicas da administração direta e autárquica — fazer inserir em seus estatutos disposições por força das quais nas contratações que fizer com terceiros para a execução das obras ou serviços que o Estado lhe confira serão aplicáveis os mesmos preceitos de direito administrativo a que está sujeita a administração direta e autárquica, já o Procurador Sabino Lamego Camargo tem por vedada tal prática, por força do que dispõem a Constituição Federal (art. 170, § 2.º) e o Decreto-Lei n.º 239, de 21-7-75, artigo 4.º, § 2.º.

Como se vê dos pareceres referidos, não se questiona quanto a não se aplicarem coativamente aos órgãos da administração indireta do Estado as normas do Decreto-Lei n.º 237, de 21-7-75, ou de seu Regulamento (Decreto n.º 362, de 19-9-75). O que se discute é se tais entidades podem, ou não, livremente adotá-las, encampando-as em seus estatutos.

A fórmula encontrada pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Obras Públicas foi a de que dá conta a minuta de folhas 13: a inserção, nos Estatutos da empresa, de dispositivo por força do qual deva ela obedecer, no tocante a obras que vá executar com recursos provenientes de entidades públicas, inclusive da administração indireta, aos princípios editados pela lei administrativa.

No "visto" de folhas 14/15 o Procurador Paulo Barros Araújo Lima, embora concordando com o parecer, foi até mais longe, sustentando que, concretizada que fosse a inserção, ainda assim a força do preceito em causa não adviria do **estatuto**, mas da **própria norma de direito público**.

Tem o Procurador Sabino Lamego Camargo, como já acentuado, por juridicamente impossível "a transposição, para o estatuto da empresa, de normas de administração financeira pertinentes à Administração direta e autárquica", por contrariar os preceitos do artigo 170, §§ 2.º e 3.º, da Constituição Federal, e do § 2.º do artigo 4.º do Decreto-lei 239, de 21-7-75.

Quanto às invocadas normas constitucionais, o próprio parecerista mostra que seu objetivo preponderante é "a proteção das empresas comerciais que atuam no mesmo setor da economia, contra eventuais regalias ou privilégios que as entidades da Administração indireta possam eventualmente arrogar-se em razão de sua origem". Não me parece, assim, que elas vedem que tais entidades livremente adotem certos princípios do direito público, para se auto-limitarem. Muito ao contrário do que se quis evitar, a discriminação operária, aqui, **contra** os órgãos da Administração indireta.

Também não me parece que o impeça o disposto no § 2.º do artigo 4.º do Decreto-lei 239/75. Trata-se de norma programática de caráter geral, sem força de impedir que determinada empresa que vai gerir recursos públicos encampe em seus estatutos certos princípios adotados pela Administração pública.

A meu ver há, porém, algumas condicionantes dessa aceitação, pelas entidades em causa, dos preceitos de ordem pública:

1.ª) sendo elas pessoas jurídicas de direito privado, tal aceitação não se pode fazer senão sem prejuízo das normas impositivas de direito privado, limitando-se à encampação das que, por versa-

rem aspectos em que as normas civis tenham caráter meramente dispositivo, podem, por isso mesmo, ser ou não adotadas por tais entidades. Nesse particular a afirmação contida no segundo período do "visto" de encaminhamento de folhas 15 só se poderia aplicar quando a entidade política que encarne o "ESTADO" for a União Federal. Essa, aliás, a última palavra do STF, no recente julgamento sobre as enfiteuses estaduais;

2.^a) a adoção se restringirá a preceitos vigentes no momento em que deliberada e, portanto, conhecidos. Não faz sentido que tais organismos de direito privado aceitem reger-se por normas de direito público a serem baixadas no futuro, e, pois, então ignoradas. Toda ingerência do Estado-Membro na vida da sociedade se deve exercer por meio de seus dirigentes, jamais como poder público;

3.^a) nem se deve recorrer a fórmulas vagas e indefinidas, como dizer que as contratações se farão com obediência ao "**princípio da licitação**" (a menos, evidentemente, que se queira mesmo adotar tal filosofia), nem dispor que elas se regerão "pelos princípios vigentes na administração estadual direta e autárquica."

Tenho para mim que se deve examinar detidamente a legislação aplicável às contratações da Administração direta e autárquica e, observada a 1.^a ressalva acima, arrolar as normas a serem encampadas, uma a uma, embora também possível simplesmente mencioná-las expressamente, com indicação por tal forma clara que dispense a transcrição;

4.^a) devem os estatutos conter apenas norma de caráter geral, que remeta a matéria para o regimento interno, com o que se assegurará à empresa maior maleabilidade de procedimento.

Em trabalho sobre o tema ("O Estado Acionista", R.D.P. 13/133) o Procurador do Estado de São Paulo ORLANDO CARLOS GANDOLFO sugeriu, quanto às contratações, a seguinte cláusula estatutária:

"As aquisições, serviços e obras realizar-se-ão de acordo com os princípios da licitação, na forma que ficar definida em regulamento interno aprovado pela diretoria",

como também o fez com relação aos vários outros pontos pertinentes.

Com estas considerações, encaminhe-se o presente à Secretaria de Obras Públicas.

Em, 29 de dezembro de 1975.

ROBERTO PARAISO ROCHA
Procurador-Geral do Estado

Sociedade de economia mista. Constituição de subsidiárias.

Já nos pronunciamos, em várias ocasiões, no sentido de que a sociedade de economia mista não é uma empresa meramente comercial em tudo equiparada às sociedades comerciais do setor privado da economia. Da mesma forma temos combatido a tendência por vezes manifestada de considerar a economia mista como simples departamento da administração direta, submetida às normas estritas de controle e de decisão que a esta se aplicam.

A sociedade de economia mista nada mais é do que uma técnica de administração através da qual se procede a uma descentralização dos serviços públicos no âmbito estadual ou municipal.

O Dec.-Lei 383/70 do antigo Estado da Guanabara que por força do art. 1.^o, inciso IV, do Dec.-Lei n.^o 2, de 15-3-75 se aplica ao Município do Rio de Janeiro — seguindo orientação da legislação federal, visou adotar métodos de ação privada na administração pública, a fim de possibilitar maior agilidade, maior produtividade e melhores resultados operacionais em alguns de seus setores. Daí a sociedade de economia mista que, embora revestida de uma forma de direito privado, mantém na essência uma finalidade de interesse público. Trata-se, em verdade, de um ente administrativo dotado, porém, de **personalidade de direito privado**.

A sociedade de economia mista não é portanto, repetimos, mera sociedade comercial. É, sim, uma sociedade **sui generis**, com nota característica que a diferencia das empresas de direito privado, representada pelos controles administrativos a que fica sujeita, especialmente o poder de supervisão previsto no Dec.-Lei 383/70.

Não se pode, assim, discorrer sobre a economia mista em termos puramente privatísticos, como, **data venia**, se fez no parecer de fls.

2. A sociedade de economia mista pode sem dúvida constituir subsidiárias se assim o autorizar o seu Estatuto Social ou a Assembléia Geral. Não se trata, porém, a nosso ver, de ato que se insere nos poderes normais de administração, pois a criação de subsidiárias envolve investimentos que, conforme o vulto, poderão inclusive afetar os negócios regulares da empresa. Por isso mesmo, em muitas companhias, a criação de subsidiárias fica condicionada à deliberação do Conselho de Administração, órgão que, embora não previsto no Dec.-Lei 2.627/41, vai-se generalizando nas grandes empresas.

A sociedade de economia mista, entretanto, não pode constituir como subsidiárias **sociedades comerciais comuns**, se com essa expressão se pretende designar sociedades inteiramente desvinculadas do regime do Dec.-Lei 383/70. O que a sociedade de economia