

# **Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública: Aspectos Relevantes no Direito Empresarial Brasileiro**

Thiago Nogueira Xavier  
Aluno do 2º ano do Curso de Direito UNESP (*campus* de Franca-SP)

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Sociedade de Economia Mista; 3. Empresa Pública; 4. Empresas públicas e sociedades de economia mista: Distinções; 5. Regime Jurídico de Direito Privado; 5.1. A sujeição à falência; 5.1.1. A Nova Lei de Falências e as empresas públicas; 5.1.2. A penhora dos bens; 6. Arbitragem e a Administração Pública Indireta; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

## **1. Introdução**

Sem dúvida alguma, o século que vem de findar foi marcado pelos extremos. Num período de cem anos, além de inúmeros conflitos que se arrastam até hoje, houve duas Guerras Mundiais, separação do globo entre capitalistas e comunistas, ascensão e queda de grandes potências, e até mesmo, formação de blocos econômicos compostos por antigos rivais. As instituições entraram em crise de identidade e, agora, buscam redimensionar seus espaços. O Direito reformulou-se, não apenas na seara normativa, mas também e principalmente na ordem das idéias, experimentando uma verdadeira e profunda transformação hermenêutica.

Nesse contexto, o Estado também é questionado. Passa por uma reformulação, buscando se estabilizar e se redefinir no início do terceiro milênio, revelando-se fundamental o estudo da conhecida descentralização administrativa, especialmente quanto aos mecanismos de sua intervenção no domínio econômico.

À época do Estado liberal, em que a sua atividade se restringia quase exclusivamente à defesa externa e segurança interna, não havia grande necessidade de descentralização das atividades administrativas, mesmo porque as funções de polícia são, em geral, indelegáveis, pelo fato de implicarem autoridade, coerção sobre o indivíduo em benefício do bem-estar geral. Entretanto, na medida em que o Estado foi chamando para si funções outras, antes estranhas à sua alçada, nomeadamente no Estado social, ganha

importância a descentralização administrativa, cujo objeto é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica. Assim, o Estado transfere atribuições a sujeitos criados para essa finalidade ou preexistentes, constituindo uma forma de racionalização da execução de suas tarefas. Algumas vezes, ele cria autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia; noutras, conta com a colaboração de particulares, que se beneficiam de concessões, permissões ou autorizações.

No Brasil, as diversas esferas da Administração Pública, municipal, estadual ou distrital, e federal, intervêm no domínio econômico por meio da criação de empresas estatais, locução que compreende tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista, criadas justamente para imprimir maior flexibilidade e eficiência à máquina administrativa.

Diz o artigo 173 da Constituição Federal:

“Ressalvados os casos previstos nesta constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei”.

É com base na Constituição Federal de 1988 que o Estado possui autorização para explorar diretamente áreas econômicas quando essas são de relevante interesse jurídico ou de importância estratégica para a segurança nacional. As formas como o Estado pode fazer isso – atuar empresarialmente – resumem-se em sociedades de economia mista e empresas públicas, das quais tratarei com maior atenção nos tópicos seguintes, seguido por seus aspectos mais relevantes.

## **2. Sociedade de Economia Mista**

A sociedade de economia mista se insere na esfera da administração pública indireta, estando a sua configuração disposta no inciso III do artigo 5º do Decreto-lei 200/67, ostentando personalidade jurídica de direito privado, como adiante será demonstrado.

Apesar do Decreto-lei 200/67 fazer alusão apenas à União, seu campo de atuação alcançará todos os entes federativos. Será necessária lei autorizando a sua criação.

Após a emenda constitucional nº 19/98, foram definidos os efeitos da lei. O inciso XIX do artigo 37 da Constituição da República dispõe que: “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”; não havendo dúvida que a lei somente autoriza a sua criação, podendo haver lei sem que haja criação. O nascimento da sociedade de economia mista somente ocorrerá com o arquivamento dos seus atos constitutivos no Registro do Comércio.

A caracterização de uma sociedade de economia mista não se dará apenas com a presença do Estado como acionista majoritário. É necessária lei que autorize a sua criação. Para evitar confusões, faz-se necessário lembrar que a sociedade de economia mista demanda conjunção de capitais de pessoas governamentais com capitais particulares.

É necessário excluir da noção de sociedade de economia mista a referência à “exploração de atividade econômica”, levando em consideração as inúmeras prestadoras de serviços públicos desta categoria. Por exemplo, a extinta Telecomunicações Brasileiras S/A (TELEBRÁS), dantes coordenadora deste setor no país e exercente de atividade que, anteriormente, pelo Texto Constitucional, só poderia ser prestada diretamente pela União ou concedida a empresa sob controle acionário estatal.

Na hipótese de uma sociedade de economia mista controlar outra sociedade, por ter maioria do capital votante - denominada controlada ou subsidiária integral -, não a tornará sociedade de economia mista, sendo também necessária a disposição legal para tanto.

A sociedade de economia mista se revestirá obrigatoriamente sob a forma de uma sociedade anônima e, como tal, será sempre mercantil, devendo seu objeto se amoldar ao ditame constitucional.

As características assinaláveis das sociedades de economia mista são: Participação do capital público ao lado do capital privado, participação administrativa do poder público, a estrutura de direito privado sob a forma de sociedade anônima e variável interesse público em conciliação com o privado definido pelo próprio poder público em diploma legal específico.

Assim, embora com outro cunho, o ânimo associativo nas sociedades mistas bem se distingue das demais formas societárias. Nele se fundem os elementos integrantes do ato de comércio, em si mesmo, como mediação, o fito de lucro, com o elemento superior e respeitável do bem comum, encarnado pelo estado e que razoavelmente coarta toda injusta especulação dos sócios e clientes bem servidos, de vez que todos, afinal de contas e acima de tudo, compõem a coletividade a ser defendida. Prevalece, contudo, a doutrina de que o interesse público deve ser bem definido na lei instituidora.

### **3. Empresa Pública**

Inicialmente apresentamos as características de uma empresa pública para que ela não seja confundida com uma empresa de economia mista ou outra empresa qualquer, afinal, no Brasil exige-se das empresas públicas que se revistam de uma das formas possíveis para empresas privadas. São eles a própria razão empresa pública existir como tal: autonomia administrativa, liberdade de atuação mercantil na prática de atos do comércio, a contabilidade privada específica, o controle, a fiscalização limitada, a responsabilidade social perante a terceiros e a execução da garantia patrimonial.

Com relação ao problema da autonomia, podemos indagar até que ponto vai a liberdade de ação administrativa. Poderíamos na autonomia administrativa admitir a interferência de delegados da administração pública ou dos ministérios com autoridades superiores, quando a forma por ações dispõe de órgãos supremos, além da diretoria? Estariam os administradores obrigados a aplicar sempre o padrão público de pessoal ou de execução de trabalho, quando os primeiros estão sujeitos a legislação trabalhista e os últimos a legislação comercial? As soluções não nos parecem tão complicadas se pensarmos que a empresa pública deve basear-se o princípio da comercialidade, que é indispensável.

As Empresas públicas seguem as diretrizes traçadas pelo governo bem como programas de metas fixadas dentro do planejamento geral de suas realizações, mas assim como uma empresa privada, as Empresas Públicas devem sempre utilizar as formas mais práticas e eficientes de se atingir os seus objetivos.

A empresa pública também se submeterá ao regime jurídico privado, estando delineada no inciso II do artigo 5º do Decreto-lei 200/67, devendo possuir, da mesma forma, lei autorizando a sua criação.

A peculiaridade da empresa pública é a de que o seu capital deverá ser eminentemente público, o que poderá acarretar na unipessoalidade, bastando para tanto que apenas um ente federativo seja o acionista ou sócio detentor de todas as ações ou cotas. Não necessariamente será unipessoal, podendo dois entes federativos associar-se. A regra não é absoluta, admitindo-se a existência de capital privado, na hipótese de haver como acionista uma sociedade de economia mista ou até mesmo uma empresa pública, sendo certo que ambas são pessoas jurídicas de direito privado.

A empresa pública, ao contrário da sociedade de economia mista, estará livre para constituir-se sob qualquer um dos modelos societários existentes, desde que seu objeto se insira nos moldes constitucionais.

O artigo 1º do Decreto-lei 900, diz que empresa pública “é a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas administrativas em Direito”. No entanto, no artigo 5º do mesmo Decreto-lei, estatui-se que “desde que a maioria o capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de Direito Público interno, bem como de entidades da Administração indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Município”. Conclui-se que, empresas públicas não são somente aquelas que possuem capital integral da União, mas em sua maioria.

Não se pode admitir que o designativo empresa pública fique reservado unicamente às empresas formadas por capitais de origem governamental nas quais a integralidade ou a maioria acionária votante pertença à União. É possível que dita maioria não seja da União, mas sim de uma autarquia sua ou de uma outra sua empresa pública ou sociedade de economia mista, sobre remanescente de capital da própria União, ou de algum Estado federado, de algum Município ou de entidade da Administração indireta destes.

A supremacia acionária deve estar retida na esfera federal e o remanescente deve vir de outras órbitas governamentais para configurar o substrato de capital caracterizador de

empresa pública federal. A dita prevalência acionária deve estar diretamente em poder da própria União.

A característica “exploração de atividade econômica” na definição de empresa pública, é outro dado inexato do Decreto-lei. Algumas empresas públicas foram criadas e existem para prestação de serviços públicos, serviços qualificados, inclusive pela Constituição Federal de 1988, como privativos de entidade estatal ou da própria União. Onde, a atividade em que se substanciam apresenta-se, do ponto de vista jurídico, como a antítese da exploração da atividade econômica, já que esta, perante a Lei Magna, é da alçada dos particulares, típica da iniciativa privada – e não do Poder Público. O Estado só pode protagonizá-la em caráter excepcional. E, ao fazê-lo, atua em campo alheio, e não na esfera que lhe é própria, como decorre do artigo 170, caput e particularmente, incisos II e IV, e parágrafo único, bem como do artigo 173. De resto, assim já o era sob o império do Texto Constitucional precedente (artigos 160 e 170 e parágrafos da Carta de 1969).

Há, portanto, dois tipos de empresas públicas: as exploradoras de atividades econômicas e as prestadoras de serviços públicos, sendo que a primeira possuem um regime jurídico mais próximo daquele aplicado às empresas privadas. Já a segunda, até por desenvolverem atividades próprias do Estado, sofrerão uma influência maior dos princípios e normas de Direito Público. Seus regimes jurídicos não são idênticos.

#### **4. Empresas públicas e sociedades de economia mista: Distinções**

Se a Constituição distingue com denominações diferentes ("empresas públicas" e "sociedades de economia mista") é porque juridicamente reconhece alguma relevância em que ontologicamente sejam vistas e qualificadas como espécies societárias distintas. Mas no que consistiria esta diferença ?

Independentemente de outras distinções que possam vir a ser produzidas a nível legal, cremos que no plano estritamente constitucional a diferença conceitual se reduz a um único aspecto: *a empresa pública deve ser composta por capitais exclusivamente públicos, enquanto que a sociedade de economia mista deve ser composta por capitais públicos e privados*. Apenas nisto, a nosso ver, reside a diferença no que concerne ao plano constitucional do tratamento da matéria.

Não nos parece difícil sustentar a razão em que se embasa este entendimento. Nos termos da nossa lei maior, ressalvadas outras conseqüências apontadas para a distinção entre estas duas espécies de pessoas, o único elemento que temos para o estabelecimento destas duas pessoas jurídicas vinculadas à Administração Indireta é a sua própria denominação e a cultura jurídica vigente no momento da entrada em vigor do texto Constitucional. Uma é chamada de empresa "*pública*". A outra de sociedade de economia "*mista*". Sabendo-se que na nossa cultura jurídica as expressões "*empresas*" e "*sociedades constituídas para fins econômicos*" não poderiam qualificar *in casu* qualquer distinção relevante, a distinção constitucional deve recair apenas no que deve ser o "*público*" e no que deve ser o "*misto*". E, por óbvio, tais qualificações apenas poderiam recair em relação ao seu capital social.

De fato, de acordo com as nossas concepções dominantes as pessoas jurídicas de direito público que integram a Administração Indireta são as *autarquias*, enquanto que empresas públicas e sociedades de economia mista, como já reiteradamente referido, são *pessoas jurídicas de direito privado*. Logo, a expressão "*pública*" que acompanha a palavra "*empresa*" ou a palavra "*mista*" que acompanha a expressão "*sociedade de economia*" não podem se referir a uma qualificação da *ontologia jurídica pública ou privada destes entes*. Não são as empresas públicas pessoas de direito "*público*" ou as sociedades de economia mistas pessoas de um não identificado direito "*misto*", uma vez que são reconhecidamente - repita-se novamente - *pessoas privadas*.

Estas expressões - *sociedade de economia mista e empresa pública* - acolhidas em nossa cultura jurídica, expressa em lei e em escritos doutrinários, portanto, foram utilizadas pelo nosso legislador constitucional com um sentido certo. Uma destas pessoas que integram a Administração Indireta é uma pessoa de direito privado composta por *capitais exclusivamente públicos (empresa pública)*. A outra, também pessoa de direito privado, é composta por uma *conjugação de capitais públicos e privados (sociedade de economia mista)*. Nisso, entendemos, reside o paradigma acolhido pela Constituição para a definição nuclear destas duas particulares espécies de empresas estatais.

Daí naturalmente decorre que em larga medida o delineamento pormenorizado do conceito destas pessoas, e de outros aspectos relativos à sua configuração jurídica e ao seu regime especial, foram deixadas pelo nosso legislador constitucional para o *âmbito legal*.

Assim, a exigência ou não da adoção de forma societária de direito privado correspondente às tipologias existentes no direito mercantil (sociedade anônima, por quotas de responsabilidade anônima), a relação que deve existir entre o capital público e o capital privado nas sociedades de economia mista, a definição do que propriamente deva se entender por "capital público" (capital pertencente a pessoas de direito público ou a pessoas de direito privado controladas pelo Poder Público) ou por "capital privado" (capital pertencente a pessoas de direito privado controladas pelo Poder Público ou a pessoas privadas comuns não sujeitas a qualquer espécie de controle estatal), acabam por constituir relevantes questões não solucionadas *a priori* pelo legislador constitucional. O seu enfrentamento haverá de ser feito pelo legislador ordinário que, ao menos nesses aspectos, não deverá se sentir vinculado a qualquer situação predisposta pelo texto Constitucional.

O que não poderá fazer, por óbvio, a nossa lei, é definir empresa pública como pessoa jurídica de direito público (posto que estas são autarquias), ou afirmar que tais entes estatais podem ter a participação de capital privado. Ou ainda afirmar que sociedades de economia mista não são pessoas jurídicas de direito privado, ou que podem ser compostas por capitais exclusivamente públicos ou exclusivamente privados. Afinal, em quaisquer destas perspectivas haveria direta contrariedade aos núcleos conceituais firmados para estes entes na nossa Constituição.

No mais, tudo pode ser dito pelo nosso legislador ordinário. A definição mais detalhada dos seus conceitos, suas peculiaridades quanto as formas societárias que podem assumir estas empresas e ainda outras características e especificidades do seu próprio regime especial, haverão de ser trabalhadas *em lei*.

## **5. Regime Jurídico de Direito Privado**

A atuação estatal pode se desenvolver pela forma direta, integrando a chamada administração pública direta, integrada pela: União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

ou pela forma indireta, que engloba: autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas.

O presente trabalho tem por escopo o alcance da forma utilizada pelo Estado para se apresentar como empresário – sociedade de economia mista e empresa pública, sendo questão nebulosa a fixação da sua natureza jurídica.

A Constituição da República asseverou que a atuação do Estado como empresário só poderá se dar nas hipóteses indicadas no artigo 173 – relevante interesse coletivo e imperativo de segurança nacional. O alcance da interpretação de tal dispositivo constitucional tem sido alvo de discussão pelos estudiosos. O raciocínio de que a atuação do Estado deve estar restrita às hipóteses constitucionais é quase que uníssono, porém, em relação ao tratamento jurídico dispensado já não ocorre o mesmo.

As sociedades de economia mista e as empresas públicas, como se tem observado até o momento, exibem dois aspectos inerentes à sua condição jurídica: de um lado, são pessoas jurídicas de direito privado e, de outro, são pessoas sob o controle do Estado. Esses dois aspectos demonstram, nitidamente, que nem estão elas sujeitas inteiramente ao regime de direito privado, nem inteiramente ao de direito público. Na verdade, pode dizer-se, como fazem alguns estudiosos, que seu regime tem certa natureza híbrida, já que sofrem o influxo de normas de direito privado em alguns setores de sua atuação e de normas de direito público em outros desses setores. Já Celso Ribeiro Bastos, aduz: “São regidas pelo direito privado, sobretudo no que tange aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, não podendo gozar de privilégios não extensíveis às empresas do setor privado (CF, art. 173, §§ 1º e 2º)”. De forma mais enfática, não havendo a Constituição atual efetuado qualquer distinção entre a atividade externa e interna da empresa governamental, daí se deduz, facilmente, que toda a sua atuação, todos os seus negócios e todas as suas relações deverão observar, plenamente, as mesmas normas que incidem sobre a atuação das sociedades comerciais em geral, ressalvadas naturalmente as exceções que decorrem da própria Constituição.

O poder constituinte originário já havia clarificado que o regime aplicável ao Estado-Empresário deveria ser o de direito privado, comando este, aliás, já previsto desde 1967, não se coadunando qualquer tipo de distinção. O constituinte derivado, valendo-se da emenda constitucional, em 1998, na denominada Reforma do Estado, materializada através

da emenda nº 19, houve por bem acabar com qualquer tipo de dúvida, ao dispor no § 1º do art. 173: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Resta patente que as únicas exceções admissíveis ao regime jurídico de direito privado são aquelas preceituadas no texto constitucional.

### **5.1. A sujeição à falência**

Não pode haver evasivas sobre a aplicação integral do regime privado ao Estado-Empresário, afastando-se o raciocínio pautado na seguinte pergunta: “Como ficaria a quebra da Petrobrás?”. A princípio, indagação pretérita deve ser a seguinte: “A Petrobrás se presta ao conceito constitucional restrito autorizador da atuação do Estado como empresário?” Não será a criação de teses jurídicas protetivas que auxiliarão a implementação do necessário Estado Regulador.

Nesse sentido, há publicistas que há muito enxergavam com precisão a situação jurídica delineada, dispondo sobre a possibilidade da decretação da falência de uma empresa pública ou sociedade de economia mista, não obstante a regra inserta no artigo 242 da Lei 6.404/76.

#### **5.1.1. A Nova Lei de Falências e as empresas Públicas**

A recém promulgada lei de recuperação judicial e de falência (Lei 11.101, de 9.2.2005) traz flagrante inconstitucionalidade, em seu art. 2º, inc. I, ao excluir de sua aplicação a empresa pública e a sociedade de economia mista.

A Carta Magna é bem clara ao prever que a empresa pública e a sociedade de economia mista ficarão sujeitas “*ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários*” (CF, art. 173, § 1º, II).

Como a legislação de recuperação de empresas dispõe sobre direitos e obrigações comerciais, tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista devem estar sujeitas a ela, segundo o mandamento constitucional, por ficarem sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

O mais grave é que o assunto não constitui novidade, principalmente no caso das sociedades de economia mista.

A redação original da lei das sociedades por ações (Lei 6.404/76, art. 242) excluía as sociedades de economia mista da aplicação das disposições da lei falimentar, com a seguinte justificativa, presente na Exposição de Motivos: *“A razão do preceito -- similar ao de outras legislações estrangeiras -- é óbvia: o interesse público, que justifica a instituição, por lei, de uma companhia de economia mista, não permite admitir que sua administração possa ser transferida para credores, através do síndico, como ocorre na falência”*.

Com a equiparação ao regime jurídico das empresas privadas, feita inicialmente pela Emenda 12/78 à Carta Magna anterior, e pela Constituição de 1988 (art. 173, § 1º, II), embora com pequenas modificações no texto, a exclusão do regime falimentar prevista no art. 242 da lei do anonimato passou a ter sua constitucionalidade questionada.

O escopo da norma constitucional “visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exerçam ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem a atividade econômica na mesma área ou em área semelhante” (cf. Pleno do STF, RE 172.816, *RTJ 153/337* e *RDA 195/197*). Por isto, o dispositivo constitucional é aplicável às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência (*idem*, *ibidem*).

Por mais de uma vez, o atual Ministro do STF Eros Grau expôs sua posição pela aplicação da lei falimentar às empresas públicas e sociedades de economia mista apenas que exercem atividade econômica e não quando prestam serviço público (cf. “Execução contra estatais prestadoras de serviço público”, *RDP 79/103*; “Lucratividade e função social nas empresas sob controle do Estado”, *RDM 55/54-55*; *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1991, p. 142). No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 97).

Entendemos pela aplicação da falência inclusive nos casos de empresas prestadoras de serviço, lembrando que em relação a elas, com a decretação da falência ocorreria a chamada 'reversão de bens', cabendo ao Estado, por havê-los incorporado, garantir os credores até o valor dos bens revertidos. Assim em qualquer das hipóteses não se justifica a inaplicação do instituto da falência às sociedades de economia mista.

Em razão destes e de outros questionamentos quanto à sua constitucionalidade, o artigo 242 foi revogado pela Lei 10.303/2001, conforme exposto na justificativa do PL 3.115/97, da qual se originou a referida lei.

Assim, o legislador parece bastante contraditório: primeiro revoga a isenção das sociedades de economia mista do procedimento falimentar por dúvidas quanto à sua constitucionalidade para, pouco mais de três anos depois, reincluí-la na legislação.

Ressalte-se ainda que a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista à lei falimentar não é de todo mal. Pelo contrário. Com visão moderna, levando expressamente em consideração a função social da empresa (Lei 11.101/05, art. 47), traz a possibilidade de recuperação judicial ou extrajudicial, o que pode, em muito, auxiliar empresas públicas e sociedades de economia mista em dificuldades.

Até porque tais empresas não podem ser pretexto para desperdício de recursos públicos. Ainda mais quando, além das regras normais de conduta e responsabilidade dos administradores, foi introduzida a eficiência como princípio da administração pública pela Emenda à Constituição 19/98, que deu nova redação ao artigo 37 da Carta Magna.

Reconhecemos a função social da sociedade de economia mista, cujo escopo, por lei, não é meramente lucrativo, devendo-se atender ao interesse público que justificou sua criação (Lei 6.404/76, art. 238). Mas o texto constitucional é claro ao aplicar a isonomia ao regime das empresas privadas, pelo que se conclui que o citado artigo da nova lei falimentar viola a Lei Maior. Mesmo quem, em tese, não concorda com a sujeição das sociedades de economia mista à lei falimentar, deve reconhecer a inconstitucionalidade em razão do preceito da Carta Magna.

### **5.1.2. A penhora dos bens**

Como cediço os bens públicos são impenhoráveis, havendo, para tanto, sistema específico destinado à execução forçada. A questão é saber se realmente se está diante da

penhora de um bem público. Quando o Estado age como empresário, se valerá de uma das duas formas: sociedade de economia mista ou empresa pública, sendo certo que em ambas as hipóteses será classificado, repita-se, como pessoa jurídica de direito privado; portanto, os bens que integram o seu patrimônio, via de consequência, serão bens particulares. A questão não é controvertida em relação à sociedade de economia mista, em decorrência da redação do revogado artigo 242 da Lei 6.404/76. A sociedade de economia mista não estava sujeita a falência, mas seus bens eram e continuam sendo penhoráveis e executáveis e a entidade pública que a instituiu responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.

Em relação à empresa pública a mesma linha de raciocínio deveria ser desenvolvida. Não há regra expressa sobre a matéria no que se refere às empresas públicas. A despeito dessa lacuna, entendemos que, em virtude da inegável similitude entre essas entidades paraestatais, devem aplicar-se às empresas públicas as mesmas regras sobre falência, execução e penhora, aplicáveis às sociedades de economia mista, ou seja, são elas suscetíveis de execução regular e penhora dos bens necessários à garantia do credor.

No mesmo sentido, José Cretella Júnior: “Sendo pessoas de direito privado, regendo-se, pois, pelo direito comercial, as obrigações da empresa pública para com terceiros são resolvidas da mesma forma que as obrigações mercantis, sendo, por isso, seus bens sujeitos à penhora, como os bens de qualquer sociedade privada”.

Todavia, verifica-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal andou na contra-mão da história, pois a Empresa de Correios e Telégrafos (empresa pública), obteve, recentemente, provimento favorável à tese da impenhorabilidade de seus bens, submetendo-se ao regime de execução previsto para a Fazenda Pública, quando o recebimento se dá por precatórios: “Recurso extraordinário. 2. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Penhora. 3. Recepção, pela Constituição Federal de 1988, do Decreto-lei n.º 509/69. Extensão à ECT dos privilégios da Fazenda Pública. 4. Impenhorabilidade dos bens. Execução por meio de precatório. 5. Precedente: RE n.º 220.906, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Plenário, sessão de 17.11.2000. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.”

## **6. Arbitragem e a Administração Pública Indireta**

Desde a década de 1960, a participação do Estado na economia é sentida por meio da sociedade de economia mista, cujo escopo é desenvolver atividade econômica (Decretos-Leis 200/67 e 900/69), independentemente de se referir a um serviço público ou não. A sociedade de economia mista deve ser criada por lei, na forma de sociedade por ações. É conceituada como pessoa jurídica de direito privado e a atividade que exerce será sempre econômica (*core business*). A União, os estados e os municípios podem constituí-la.

A participação de capital público faz com que a sociedade de economia mista seja auditada pelo Tribunal de Contas, bem como, em determinadas ocasiões, pode praticar atos afeitos à área administrativa, mas não, evidentemente, quando atua como um particular na atividade de exploração de atividade econômica para a qual foi constituída. Neste caso, pratica mero ato comercial e, portanto, não se trata de ato administrativo (ato de autoridade).

Estas noções básicas e específicas que relembramos são imprescindíveis para afastar as generalizações que se efetuam em torno do tema, em especial na seara arbitral. É freqüente verificar a inclusão de cláusulas compromissórias em contratos firmados por sociedades de economia mista, entre elas, as que atuam na área de energia elétrica. Esta atividade é desenvolvida também por pessoas jurídicas eminentemente privadas, sem nenhum elo com o Estado. A energia elétrica é uma mercadoria e a transação efetuada por meio de contrato de compra e venda constitui atividade econômica.

Todavia, quando surge controvérsia em torno de contrato firmado e ao instaurar a arbitragem (ou mesmo antes dela), é comum a sociedade de economia mista negar vigência à cláusula compromissória com o intuito de afastar a arbitragem, valendo-se de argumentos inconsistentes, tais como que não poderia submeter-se à arbitragem pelo fato de integrar a administração pública indireta; que a matéria é de direito indisponível (serviço público concedido); que envolve interesse público, etc..

Assim agindo, além de violar o inafastável princípio jurídico da boa-fé e seus consectários, como o da confiança legítima e do *venire contra factum proprium* (ninguém pode se eximir de uma obrigação assumida invocando sua própria falha) que permeiam todas as relações jurídicas, em especial, as advindas da administração pública direta e indireta, é inconcebível admitir que a sociedade de economia mista não cumpra o assumido, haja vista a lei de arbitragem determinar que a cláusula compromissória tem efeito vinculante e afasta a submissão da controvérsia ao Judiciário. Note-se que, em fase prévia

ou conjunta à arbitragem, o Judiciário atua na função de apoio à arbitragem, em contraste com a função de revisão e, se for o caso, após a sentença arbitral expedida.

Com efeito, a jurisprudência que vem se consolidando na área admiravelmente, explicitando e ratificando os conceitos e princípios da lei de arbitragem, além de exarar, como no caso a baixo citado, verdadeira lição pedagógica. Neste sentido é de relevo salientar a decisão advinda do Tribunal de Justiça do Paraná (Agravo de Instrumento 174.874-9/02 -2, Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba), proferida em abril de 2005 sobre questão envolvendo sociedade de economia mista distribuidora de energia elétrica que, ao firmar contratos de compra e venda de energia elétrica de empresa privada, estabeleceu a arbitragem como forma de solução de conflitos deles advindos. Porém, surgidas controvérsias referentes aos pagamentos correspondentes, foram instauradas arbitragens. Mas se insurgiu a sociedade de economia mista quanto à discussão da controvérsia em sede arbitral, alegando que a matéria em tela seria indisponível.

Esta questão, no direito da arbitragem, é conceituada como arbitrabilidade objetiva, pois se refere à disponibilidade de direitos patrimoniais (artigo 1º *in fine* da Lei 9.307/96). A sociedade de economia mista, quando atua na compra e venda de energia elétrica, está praticando atividade puramente comercial, desprovida de qualquer reflexo no direito administrativo.

Foi neste sentido que o ilustre juiz Fernando César Zeni afirmou que energia elétrica é mercadoria e, portanto, direito disponível (Lei 10.488/04, artigo 4º parágrafos 5º e 7º). Destarte, a questão é econômica e não pública, sendo perfeitamente válida a cláusula compromissória. Ademais, a sociedade de economia mista sujeita-se às regras de mercado e à legislação contratual civil.

Saliente-se que a sociedade de economia mista não poderia, sob o manto da indisponibilidade do interesse público (por integrar a administração pública indireta), eximir-se do que legalmente firmara (*pacta sunt servanda*). Não há possibilidade sequer de anular administrativamente contratos que regulam relações da administração em caráter privado (“não pode a administração anular atos realizados sob o império do direito privado” – TAPR, Ap. C. 247.646-0, 7. CC, j. 11.02.04).

No caso referido e para obstaculizar as demandas arbitrais, valeu-se a sociedade de economia mista, indiretamente, de expediente em ação popular, obtendo liminar, que fora cassada por decisão em Agravo de Instrumento proposto pela empresa privada. Este julgado determina a preservação dos institutos jurídicos do direito da arbitragem em face dos demais dispositivos de direito material e processual. Em especial, entre outros, aduzindo que compete ao tribunal arbitral avaliar sua própria competência (artigo 8).

Além disso, o ilustre juiz, demonstrando sensibilidade e conhecimento, exara maravilhosa lição pedagógica ao aduzir: “por isso, afirmo que as alegações da [sociedade de economia mista] não são maduras, mas sim, inconvenientes, e visam, em última análise, impedir, por via oblíqua (a propalada ação popular), alterar todo o regime jurídico instituído pela Lei 9.307. Seria muito conveniente eleger um árbitro, pagar por isso (com dinheiro público, frise-se) e depois, de maneira simplória, por meio das ações judiciais, alegar que o direito discutido na arbitragem é indisponível (compra e venda ?!?!?) e, portanto, não pode prosseguir. Simplesmente ininteligível”.

Note-se, ademais, que a confirmação jurisprudencial em reconhecer definitivamente a capacidade da administração pública direta e indireta em firmar a convenção de arbitragem em contratos com particulares alinha-se com os contratos de concessão de serviços públicos da época imperial; no precedente denominado caso Lage; no caso de saneamento básico julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em 1999; no famoso caso Lloyd Brasileiro v. Ivarans Rederi, sendo o extinto Lloyd uma empresa de economia mista; a Compagás, no Estado do Paraná etc.

Mas a lição pedagógica que fica deste acórdão, que já se inscreve como um *leading case* para os casos em que as sociedades de economia mista e a administração pública firmam contratos com cláusula de arbitragem é que “não se pode permitir que por vias oblíquas a Lei de Arbitragem seja reduzida à inutilidade”. E mais. Sua função pedagógica vale como uma advertência aos que pretendem obstaculizar o regular e irreversível papel que a arbitragem desempenha como forma de acesso à Justiça, no despertar do século XXI.

## **7. Conclusão**

O modelo de Estado Liberal ganhou força com a Revolução Francesa de forma inversa dos fundamentos do movimento, configurando-se a liberdade (*rectius*: ausência) estatal e a submissão ao capital. Após esta fase, o Estado atinou para a necessidade de intervir no domínio econômico diante da situação fática de que os poderosos capitalistas buscavam o lucro desenfreado em detrimento dos menos favorecidos; intensificada pelo advento das Guerras Mundiais, responsáveis por escassez de riquezas e de oferta. No Brasil, o modelo de Estado intervencionista extrapolou os limites, corroborado com o regime ditatorial, passando a assumir a responsabilidade pelo desenvolvimento econômico do país, atuando como empresário.

Assim, dentro deste estudo analisamos o papel do Estado empresário, esclarecendo alguns dos pormenores do funcionamento das empresas públicas e sociedades de economia mista que apesar de estarem quase em sua totalidade previstos na Constituição Federal, devido as suas singularidades surgidas justamente da participação estatal, complementam a visualização inicial da atuação empresarial que temos no Código Civil.

O que devemos salientar neste trabalho como pontos principais são que as empresas estatais têm por finalidade atingir objetivos de interesse de toda coletividade, e é neste ponto que mora a principal diferença entre as empresas privadas. No entanto, as empresas públicas e sociedades de economia mista têm personalidade de Direito Privado, mas estão sujeitas ao poder de controle exercido pela Administração Direta, exercida pelo Estado e seus órgãos; só podendo ser criadas mediante autorização legislativa, ou seja, regem-se pelo Direito Privado nas suas relações com particulares, mas, no entanto, subordinam-se também às regras do Direito Público.

## **8. Bibliografia**

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de empresa no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

JÚNIOR, José Cretella. Tratado de Direito Administrativo. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo. Malheiros, 1995.

<http://conjur.estadao.com.br/static/text/39016,1>

Acessado em 11/12/2006

<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/21/63/2163/>

Acessado em 11/12/2006

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4425>

Acessado em 11/12/2006

[http://www.mj.gov.br/sal/servicos/publicacoes/boletim/bl01\\_Arbitragem.pdf](http://www.mj.gov.br/sal/servicos/publicacoes/boletim/bl01_Arbitragem.pdf)

Acessado em 11/12/2006