



By @kakashi\_copiador

# EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

## Fundamento constitucional

O fundamento para a atuação do Estado na **atividade econômica** consta na Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 173. 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 definidos em lei.

Logo, em regra, o Estado deve se abster de atuar diretamente na exploração de atividade econômica, deixando esse tipo de tarefa para a iniciativa privada. Contudo, em três hipóteses, será possível a exploração direta pelo Estado:

- 1) nos casos previstos na Constituição;
- 2) quando for imperativo para a segurança nacional;
- 3) quando houver relevante interesse coletivo.

Um exemplo do primeiro caso consta no art. 177, II, da Constituição, que define como monopólio da União a “refinariação do petróleo nacional ou estrangeiro”. O segundo caso pode ser exemplificado pela Indústria de Material Bélico do Brasil – Imbel, que é responsável pela fabricação de produtos de defesa e segurança para clientes institucionais, especialmente Forças Armadas e Forças Policiais. Por fim, no último caso, podemos citar a Caixa Econômica Federal, que desenvolve importantes programas habitacionais e operacionaliza vários programas de distribuição de renda.

Por sinal, a Lei das Estatais dispõe ainda que: “a empresa pública e a sociedade de economia mista terão a **função social** de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação”. Portanto, a definição do interesse coletivo e do imperativo de segurança nacional que justificar a autorização da instituição da empresa estatal representará a sua função social.

Essa atuação estatal no domínio econômico ocorre por meio das empresas públicas e das sociedades de economia mista, conforme vamos explicar adiante.

**(ALCE - 2021) A função social da empresa pública e da sociedade de economia mista da União compreende**

- a) estabelecimento de práticas de governança corporativa.

- b) execução de atividades típicas da Administração Pública que requeiram gestão descentralizada.
- c) cumprimento de requisitos de transparência pública.
- d) gerência do patrimônio dos entes federativos, sem fins lucrativos.
- e) razões de interesse coletivo ou segurança nacional.

**Comentários:**

A função social da empresa pública e da sociedade de economia mista é definida pelas razões de interesse coletivo ou segurança nacional que justificam a sua autorização e instituição.

**Gabarito: alternativa E.**

## Conceito

As empresas estatais dividem-se em **empresas públicas e sociedades de economia mista**. As duas são entidades administrativas, integram a administração indireta, possuem personalidade jurídica de direito privado, têm sua criação autorizada em lei e podem ser criadas para **explorar atividade econômica ou prestar serviços públicos**.

Vejamos a definição de cada uma dessas entidades nos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:<sup>1</sup>

**Empresa pública (EP):** “são pessoas jurídicas de **direito privado**, integrantes da Administração Indireta do Estado, **criadas por autorização legal**, sob qualquer forma jurídica adequada a sua finalidade, para que o Governo exerça **atividades gerais de caráter econômico** ou, em certas situações, execute a **prestação de serviços públicos**”.

São exemplos de empresas públicas federais a Empresa Brasileira de **Correios** e Telégrafos – EBCT; a **Caixa Econômica Federal** – CEF; o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – **BNDES**; o Serviço Federal de Processamento de Dados – **Serpro**; e muitas outras.

**Sociedade de economia mista (SEM):** “são pessoas jurídicas de **direito privado**, integrantes da Administração Indireta do Estado, **criadas por autorização legal**, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertença ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a **exploração de atividades gerais de caráter econômico** e, em algumas ocasiões, a **prestação de serviços públicos**”.

Como exemplos, podemos mencionar o **Banco do Brasil S.A.**; o **Banco da Amazônia**; a **Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás**.

<sup>1</sup> Carvalho Filho, 2014, p. 500.

Além desse conceito doutrinário, é fundamental o conceito estabelecido por intermédio da Lei 13.303/2016, que trata do regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista (Lei das Estatais), segundo o qual a empresa pública é:

“a entidade dotada de personalidade jurídica de **direito privado**, com criação **autorizada por lei** e com patrimônio próprio, cujo capital social é **integralmente** detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios” (art. 3º, *caput*).

Ademais, “desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, **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, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 3º, parágrafo único).

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de **direito privado**, com criação **autorizada por lei** e com patrimônio próprio, cujo capital social é **integralmente** detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Parágrafo único. **Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município**, 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, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em breve, teceremos alguns comentários em relação à composição do capital social da empresa pública, já que existem algumas observações relevantes.

Por sua vez, **sociedade de economia mista** é definida pela Lei das Estatais como:

Art. 4º **Sociedade de economia mista** é a entidade dotada de personalidade jurídica de **direito privado**, com criação **autorizada por lei**, sob a forma de **sociedade anônima**, cujas ações com direito a voto pertençam **em sua maioria** à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

Das definições acima, é possível confirmar que há muito mais semelhanças do que diferenças entre essas duas entidades administrativas. Por enquanto, não vamos nos preocupar com as diferenças, pois teremos um capítulo próprio para isso.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita como **traços comuns** às empresas públicas e às sociedades de economia mista:

- a) a criação e extinção **autorizadas** por lei;

- b) personalidade jurídica de **direito privado**;
- c) sujeição ao **controle** estatal;
- d) derrogação **parcial** do regime de direito privado por normas de direito público;
- e) vinculação aos fins definidos na lei instituidora;
- f) desempenho de atividade de **natureza econômica**.

A expressão “derrogação parcial” significa que parte do regime de direito privado é substituído pelo regime de direito público (ou vice-versa: parte do regime de direito público é substituído pelo regime de direito privado). Conforme veremos adiante, o regime das empresas estatais é **misto**, com aplicação simultânea de regras de direito público (princípios constitucionais, concurso público, licitação) e de direito privado (sujeição ao regime próprio das empresas privadas). Logo, o regime é **híbrido**, ora com predomínio de normas de direito público, ora com predomínio de regras de direito privado.



#### EP e SEM

|                               |   |
|-------------------------------|---|
| <b>Fundamento</b>             | <ul style="list-style-type: none"> <li>■ imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.</li> </ul>   |
| <b>Características comuns</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>■ criação autorizada por <b>lei</b>;</li> <li>■ personalidade jurídica de <b>direito privado</b>;</li> <li>■ regime misto (regras de direito público e de direito privado);</li> <li>■ atividades: exploração de atividade econômica ou prestação de serviços públicos;</li> </ul> |

Vejamos como isso já foi cobrado em prova!

**(FUB - 2015) Tanto na empresa pública, quanto na sociedade de economia mista, há derrogação apenas parcial do regime de direito público pelo regime de direito privado.**

#### Comentários:

Nas empresas públicas e sociedades de economia mista, há aplicação de regime jurídico híbrido, ou seja, ocorre a aplicação simultânea de normas de direito público (concurso, licitação, princípios) com normas de direito privado (obrigações civis, comerciais, trabalhistas, tributárias). Logo, podemos dizer que há derrogação parcial do regime de direito público pelo de direito privado (ou vice-versa).

**Gabarito: correto.**

## Criação e extinção

### Criação e extinção das empresas estatais

Nos termos do inc. XIX, art. 37, da CF/88, a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista deve ser autorizada por lei específica. Após a edição da lei autorizativa, será elaborado o ato constitutivo, cujo registro no órgão competente significará o início da personalidade jurídica da entidade. Assim, as empresas públicas e sociedades de economia mista nascem, efetivamente, após o registro de seu ato constitutivo no órgão competente.

Com efeito, conforme estabelece a Constituição, a lei de autorização deverá ser específica. Não significa que a lei deverá tratar tão somente da criação da EP e da SEM, mas sim que o assunto (matéria) da lei deverá ser relacionado com as competências da nova entidade. Assim, não poderá uma lei abordar um assunto e, de forma genérica, autorizar a criação de uma empresa pública. Deverá a norma, isso sim, tratar da matéria relacionada com a empresa, disciplinando a sua finalidade, estabelecendo diretrizes, competências, estrutura, etc.

A entidade possui personalidade de direito privado, pois a sua forma de criação é equivalente à criação de entidades particulares, com a diferença de que a criação da empresa estatal exige prévia autorização legal. Após a autorização legislativa, deve o Estado providenciar a elaboração do estatuto ou ato constitutivo, que será inscrito em registro próprio, passando a constar no banco de dados do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, na forma definida pelo Código Civil.

Em geral, o ato constitutivo é elaborado por meio de decreto. Segundo Alexandrino e Paulo, utiliza-se o decreto para dar publicidade ao estatuto, no entanto, a criação efetiva da entidade só ocorrerá no momento do registro do órgão competente, e não na data de publicação do decreto. Logo, o decreto, em si, é utilizado apenas para fins de transparência.

A extinção das EP e das SEM, por outro lado, não exige lei específica. Segundo o STF, basta uma autorização legislativa genérica, prevista em lei que veicule programa de desestatização, para autorizar a desestatização (privatização ou extinção) de empresa estatal. Por exemplo, o Programa Nacional de Desestatização – PND (Lei 9.491/1997) e o Programa de Parceria de Investimentos (Lei 13.334/2016) autorizam genericamente a desestatização de empresas estatais, conforme critérios definidos nestas leis.

Somente será exigida autorização legislativa específica quando a própria lei que autorizou a criação exigir que a extinção dependerá de autorização legislativa específica.

Assim, o Poder Executivo não poderá dar fim às EP e SEM por ato de sua competência exclusiva, reclamando a autorização do Poder Legislativo, seja por lei genérica ou por lei específica.

Vamos resolver uma questão!

**(TRE PE - 2017) As empresas públicas são criadas por lei.**

**Comentários:**

A criação das empresas públicas e das sociedades de economia mista não é realizada por lei, mas apenas autorizada. Após a edição da lei, a criação dependerá de atos complementares, efetivando-se com o registro do ato constitutivo.

**Gabarito: errado.**

## **Instituição de subsidiária e participação em empresa privada**

O inc. XX do art. 37 da Constituição Federal disciplina a **criação das subsidiárias** das entidades da Administração Indireta ou sua **participação em empresa privada**, vejamos:<sup>2</sup>

XX - depende de **autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias** das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a **participação de qualquer delas em empresa privada**;

Uma **subsidiária** é uma empresa controlada pela **empresa matriz**. Trata-se, portanto, de uma entidade com personalidade jurídica própria, controlada por outra empresa. Por exemplo, a Caixa Seguridade e a Caixa Cartões são empresas subsidiárias da Caixa Econômica Federal. Não se confundem com meros “órgãos”, ou “unidades” ou ainda “filiais”, uma vez que são empresas distintas, com personalidade jurídica própria.

As subsidiárias são pessoas jurídicas controladas indiretamente pelo Poder Público, não integrando o conceito formal de Administração Pública. Dessa forma, devemos considerá-las como **empresas privadas**, que são controladas indiretamente, mas não integram a Administração Pública.

Sobre a **necessidade de autorização legislativa**, o entendimento do STF é que a **criação das subsidiárias depende de “autorização em lei”**. Isto é, a criação de subsidiárias depende de **lei ordinária**, editada pelo ente político ao qual está vinculada a entidade da Administração Indireta que irá criar a subsidiária.

Quanto ao “**cada caso**” previsto no inc. XX, art. 37, da CF, o STF firmou entendimento de que **não há necessidade de uma lei para autorizar a criação de cada subsidiária**. Basta, para tanto, existir uma

<sup>2</sup> Teoricamente, qualquer entidade administrativa poderia instituir uma subsidiária. Dessa forma, o tema trabalhado aqui também poderia ser aplicado às autarquias e fundações, uma vez que o inciso XX do art. 37 menciona as “entidades mencionadas no inciso anterior”, que trata das entidades administrativas em geral. Porém, na prática, é mais comum se falar em subsidiária quando falamos das empresas estatais. Por esse motivo, optamos por abordar esse aqui neste momento.

**autorização genérica** permitindo que a entidade crie suas subsidiárias. Isso pode constar inclusive na lei de criação (ou autorização de criação) da entidade administrativa.<sup>3</sup>

Por exemplo, se o Governo Federal criar a “empresa pública ESTUDANDO”, a lei que autorizou a criação dessa entidade pode conter um dispositivo dizendo o seguinte: “Art. XX – A empresa pública Estudando pode criar subsidiárias para melhor desempenhar suas funções”. Perceba que o dispositivo foi genérico, mas está de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal para o caso.

Apesar de o STF só ter se pronunciado sobre a criação de subsidiárias, o mesmo entendimento pode ser aplicado para **a participação das entidades da administração indireta em empresas privadas**. Isso porque seria estranho o Pretório Excelso<sup>4</sup> dar entendimento diferente à matéria que se insere no mesmo dispositivo das subsidiárias.

Enfim, para que as entidades da administração indireta criem subsidiárias ou participem em empresas privadas, deverá existir autorização em lei, bastando para tanto a existência de autorização legislativa genérica.

Outra discussão interessante trata da **alienação do controle acionário das subsidiárias**. Imagine, por exemplo, que a Petrobrás queira “vender” uma subsidiária para terceiros. Nesse caso, haveria necessidade de autorização legislativa? Além disso, haveria necessidade de realizar licitação?

A resposta para as duas perguntas é: **NÃO!**

Segundo o STF, a transferência do controle de subsidiárias e controladas **não exige autorização legislativa** e poderá ser operacionalizada **sem processo de licitação pública**, desde que garantida a competitividade entre os potenciais interessados e observados os princípios da administração pública constantes do art. 37 da Constituição da República.<sup>5</sup> Por exemplo: ao invés de realizar uma licitação, a entidade poderia lançar as ações em processo na bolsa de valores (nesse caso, teríamos um processo competitivo, impensoal e transparente).

Contudo, quando se tratar do controle acionário da própria empresa estatal, o entendimento é diferente. Segundo o STF, **a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista**

<sup>3</sup> O caso das subsidiárias foi analisado na ADI 1649 / DF, que entendeu como constitucional dispositivo da Lei 9.478/1997, que autorizou a Petrobrás “a constituir subsidiárias” para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo (art. 64), sem definir exatamente quais e quantas subsidiárias seriam. O STF entendeu o dispositivo como constitucional, firmando entendimento que é suficiente existir previsão legal autorizando a criação de subsidiárias.

<sup>4</sup> Para aqueles que estão pouco familiarizados com a linguagem jurídica, o termo “Pretório Excelso” é uma forma de designar o Supremo Tribunal Federal.

<sup>5</sup> ADI 5.624, julgamento em 6/6/2019.

exige autorização legislativa e licitação. Esta autorização para a transferência do controle acionário da empresa pública ou da sociedade de economia mista, porém, poderá ser genérica.<sup>6</sup>



| Alienação de<br>EP e SEM   | Autorização legislativa | Licitação |
|----------------------------|-------------------------|-----------|
| Subsidiárias e controladas | Não                     | Não       |



| Criação ou extinção de empresas estatais              |  |
|---|--|
| <b>Criação e extinção de EP/SEM</b>                   | <ul style="list-style-type: none"><li>■ Criação:<ul style="list-style-type: none"><li>■ autorização legislativa específica;</li><li>■ registro do ato constitutivo.</li></ul></li><li>■ Extinção: autorização legislativa (pode ser genérica).</li></ul>   |
| <b>Subsidiárias e participação em empresa privada</b> | <ul style="list-style-type: none"><li>■ <b>Subsidiária:</b> entidade controlada por uma EP ou SEM;<ul style="list-style-type: none"><li>■ <b>Instituição:</b> autorização legislativa “em casa caso” (pode ser genérica);</li><li>■ <b>Alienação:</b><ul style="list-style-type: none"><li>■ não precisa de autorização legislativa ou de licitação;</li><li>■ procedimento deve atender aos princípios constitucionais;</li></ul></li></ul></li></ul> |

<sup>6</sup> ADI 6.241, julgada em 5, de fevereiro de 2021.

Vejamos como isso já foi cobrado em prova!

## Atividades desenvolvidas

De forma simples, as empresas públicas e sociedades de economia mista podem desenvolver dois tipos de atividade:

- a) explorar atividade econômica;
- b) prestar serviço público.

A regra geral é que as empresas públicas e as sociedades de economia mista sejam criadas para atuar na **exploração de atividades econômicas em sentido estrito**. Contudo, a atuação do Estado na exploração direta da atividade econômica só é admitida quando necessária aos **imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo** (CF. art. 173, *caput*).

Nesse contexto, o § 1º, do art. 173, da CF dispôs que 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:

- a) sua **função social** e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- b) a sujeição ao **regime jurídico próprio das empresas privadas**, inclusive quanto aos direitos e **obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários**;
- c) **licitação e contratação** de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- d) a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- e) os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

O mencionado estatuto jurídico das EP e SEM está disciplinado na Lei 13.303/2016.

Contudo, algumas regras já estão claras na Constituição e, portanto, merecem maior destaque. Nesse ponto, as empresas estatais (e suas subsidiárias) que atuarem na exploração de atividade econômica devem se sujeitar ao regime próprio das empresas privadas, inclusive no que se refere às **obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários**. O objetivo dessa regra é evitar que as entidades estatais usufruam de benefícios não extensíveis às empresas privadas, o que poderia gerar um desequilíbrio no mercado. Reforçando essa regra, o § 2º, art. 173, CF, estabelece que as “**empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado**”. Assim, se o Banco do Brasil S.A., por exemplo, receber uma isenção fiscal, a mesma regra deverá ser aplicada aos bancos privados.

Quanto às empresas públicas e às sociedades de economia mista que **prestarem serviços públicos**, não há uma regra tão clara na Constituição Federal. Porém, a doutrina costuma informar que as disposições sobre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos constam no art. 175 da CF, que estabelece que

incumbe “ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a **prestaçāo de serviços públicos**”.

Dessa forma, costuma-se dizer que os regramentos previstos no art. 173 da Constituição Federal não alcançam as EP e SEM que prestam serviços públicos, mas somente aquelas que exploram atividade econômica. Tal constatação causa uma diferença fundamental no regime jurídico dessas entidades, conforme iremos observar no tópico seguinte.

Vale reforçar, portanto (estamos sendo repetitivos, mas o tema é importante), que, **em tese, o regime jurídico previsto no art. 173 seria exclusivo para as empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias que atuassem na exploração de atividade econômica em sentido estrito**, como os bancos públicos e a Petrobrás. Logo, quando fosse elaborada a “lei” desse regime jurídico ela seria específica para esse grupo de entidades.

A despeito disso, a Lei 13.303/2016 dispôs expressamente que o seu regime abrange **toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica** de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita **ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos**.

Portanto, ainda que o regramento constitucional das empresas estatais prestadoras de serviços públicos esteja no art. 175, enquanto das exploradoras de atividade econômica consta no art. 173, **a Lei 13.303/2016 aplica-se aos dois grupos de empresas**.

Teoricamente não seria todo tipo de serviço público que poderia ser exercido pelas empresas estatais. Inicialmente, as empresas estatais somente poderiam prestar os serviços públicos delegáveis, também conhecidos na doutrina como serviços públicos econômicos. Nesse rol, encontráramos os serviços de telefonia, distribuição de energia elétrica, transporte público coletivo, etc.

Contudo, esse tema vem evoluindo ultimamente. Primeiro porque existem várias empresas estatais que estão desempenhando atividades que não seriam enquadradas nos serviços públicos econômicos. Por exemplo: a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh) presta serviços de assistência médica-hospitalar (atividade social). Essa atividade não seria nem exploração de atividade econômica (em sentido estrito) nem serviço público econômico.

Ademais, em regra, as empresas estatais **não podem exercer atividades típicas de Estado**, ou seja, aquelas atividades que só podem ser prestadas por entidades que possuem personalidade jurídica de direito público. Essa é a “regra” que você deverá levar para as provas.

Porém, ultimamente o STF vem aplicando algumas regras de direito público às empresas estatais que prestam **serviços públicos próprios do Estado em regime não concorrencial**. Por exemplo: o STF reconheceu que as empresas estatais prestadoras de **serviços públicos próprios do Estado em regime não concorrencial** podem exercer o poder de polícia, inclusive no aspecto sancionatório.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> RE 633.782, j. em 26/10/2020.

Assim, para não complicar demais a aula com debates doutrinários desnecessários, vamos fazer três conclusões.

- 1) se a questão de prova questionar sobre quais atividades as empresas estatais podem executar, simplesmente responda (*sem fazer outros debates; simples assim*): (i) **explorar atividade econômica**; (ii) **prestar serviços públicos**;
- 2) considere o termo “**prestar serviços públicos**” em um sentido mais amplo, envolvendo também outros serviços, como atividades sociais e administrativos;
- 3) genericamente, afirme que as empresas estatais **não podem exercer atividades típicas de Estado**. Somente de forma excepcional e se houver esse debate pela banca, considere que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos próprios do Estado em regime não concorrencial podem exercer atividade típicas, desde que atendidos outros requisitos que não vamos abordar neste momento.

Por fim, deve-se notar que mesmo quando exploram atividade econômica, as SEM e as EP são entidades administrativas integrantes da Administração Indireta e que, portanto, compõem a Administração Pública em sentido subjetivo. Por esse motivo, elas não possuem um regime totalmente de direito privado, eis que se submetem a determinadas regras de direito público, como os princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal.

Vejamos como isso pode aparecer na prova.

**(TRT PE - 2018) A criação de uma empresa estatal deve observar a legislação aplicável para instituição de empresas privadas, sem prejuízo de ter sido previamente autorizada em lei, podendo ser prestadora de serviços públicos ou exploradora de atividade econômica.**

**Comentários:**

As empresas estatais são criadas na forma da legislação prevista para as empresas privadas, uma vez que dependem do registro do respectivo ato constitutivo. No entanto, além de observar essas regras, a criação depende de prévia autorização legal. Ademais, elas podem atuar em dois setores: (i) exploração de atividade econômica; (ii) prestação de serviços públicos.

**Gabarito: correto.**

## **Controle e supervisão ministerial**

As empresas estatais submetem-se à tutela do ente instituidor, por intermédio do ministério do setor correspondente, da mesma forma como ocorre com as autarquias e fundações. Por exemplo: a Petrobrás está vinculada ao ministério do setor correspondente.

Vale deixar claro mais uma vez que não existe hierarquia entre as empresas estatais e o ente instituidor, mas tão somente vinculação para fins de tutela ou supervisão ministerial.

A maior controvérsia, entretanto, existia em relação à submissão das empresas públicas e das sociedades de economia mista ao controle dos tribunais de contas, sobretudo em relação ao dever de prestar contas. Antigamente, o STF entendia que tais entidades, por possuírem natureza de direito privado, não possuíam o dever de prestar contas, nem podiam ser fiscalizadas pelos tribunais de contas.

No entanto, o **próprio STF superou este entendimento, fixando a tese de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas**, motivo pelo qual têm o dever de prestar contas anuais ou até mesmo instaurar tomada de contas especial no caso de irregularidade na aplicação de recursos públicos, quando for o caso (STF MS 25.092, julgamento em 10/11/2005).

Além disso, essas disposições ficaram ainda mais claras com a edição da Lei 13.303/2016, que expressamente estabelece que os órgãos de **controle externo e interno** fiscalizarão as empresas públicas e as sociedades de economia mista a elas relacionadas, inclusive aquelas domiciliadas no exterior, em relação à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial (art. 85, *caput*).

Além disso, o art. 87, *caput*, da Lei das Estatais **prevê que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente**, sendo que as empresas públicas e as sociedades de economia mista são responsáveis pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição.

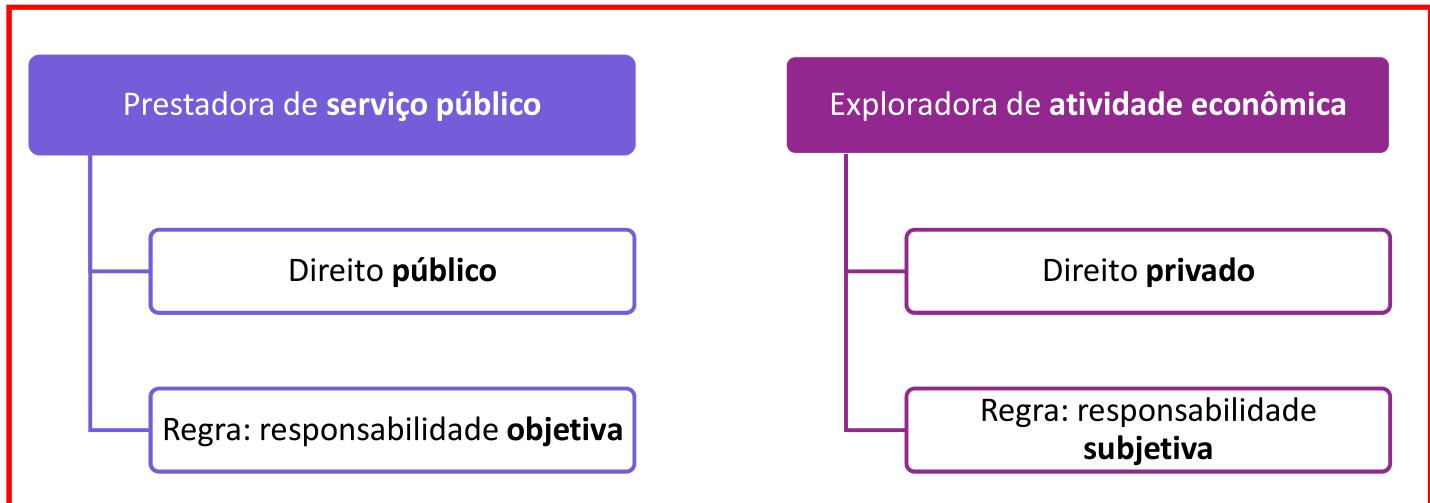
Por fim, a Lei 13.303/2016 deixa claro que a supervisão das empresas estatais e as ações de fiscalização realizadas pelos órgãos ou entes de controle não podem reduzir a autonomia dessas entidades ou significar ingerência no exercício de suas competências (arts. 89 e 90).

## Responsabilidade civil

A responsabilidade civil das empresas estatais vai variar conforme a atividade desempenhada.

Se a estatal for **prestadora de serviços públicos**, a responsabilidade civil será regida pelo **direito público**, aplicando-se a **teoria do risco administrativo**, ou seja, a **entidade responderá objetivamente pelos danos causados a terceiros por seus agentes públicos**.

Por outro lado, se a estatal for **exploradora de atividade econômica**, a responsabilidade civil será regida pelo **direito privado**. Nesse caso, em regra, a **responsabilidade civil será subjetiva**.



| Atividades, controle e responsabilidade civil |   |
|---|---|
| Atividades desenvolvidas                      | <ul style="list-style-type: none"> <li>Atividades econômicas em sentido amplo:           <ul style="list-style-type: none"> <li><b>Exploração de atividade econômica (EAE);</b></li> <li><b>Prestação de serviços públicos (PSP);</b></li> </ul> </li> <li>Observações:           <ul style="list-style-type: none"> <li>Pode prestar outros serviços públicos (sentido amplo), como serviços sociais de saúde e educação);</li> <li>Em regra, não exerce atividade típica de Estado, salvo o poder de polícia quando prestadora de serviço público em regime não concorrencial (existem alguns requisitos).</li> </ul> </li> </ul> |
| Controle e supervisão ministerial             | <ul style="list-style-type: none"> <li>Controle estatal realizado pela Administração direta:           <ul style="list-style-type: none"> <li><b>Não é subordinada;</b></li> <li>Submete-se à <b>vinculação</b>, tutela, controle finalístico;</li> </ul> </li> <li>Deve <b>prestar contas ao Tribunal de Contas;</b></li> <li>Sofre <b>controle judicial</b> via MS em relação aos <b>atos de autoridade</b>.</li> </ul>   |
| Responsabilidade civil                        | <ul style="list-style-type: none"> <li>PSP: <b>objetiva</b> (regra) / Direito <b>Público</b>;</li> <li>EAE: <b>subjetiva</b> (regra) / Direito <b>Privado</b>.</li> </ul>   |

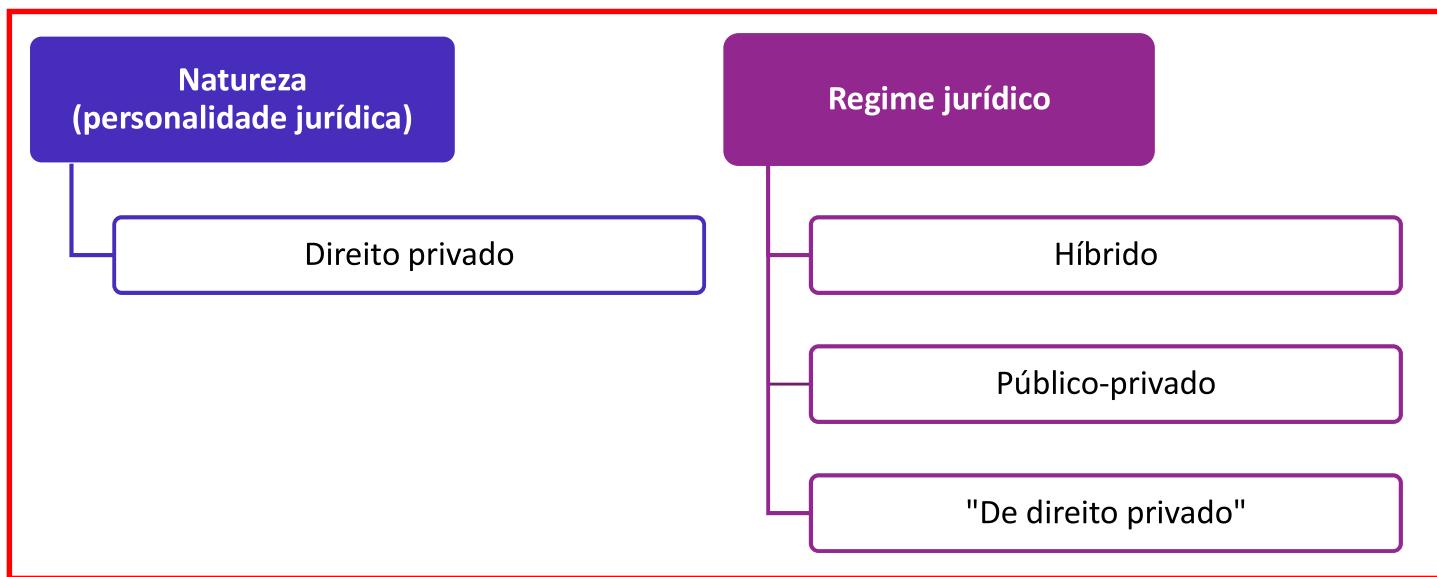
## Regime jurídico

Em qualquer situação, as empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem **natureza jurídica de direito privado**. Isso porque essas entidades são efetivamente criadas com o registro de seu ato constitutivo.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista sempre possuirão **personalidade jurídica de direito privado**.

Por outro lado, **o regime jurídico dessas entidades será sempre híbrido ou público-privado**, em algumas situações com predomínio de regras de direito privado e em outras com predomínio do direito público. O que vai dizer qual o tipo de regra dominante é a natureza da atividade desenvolvida, isto é, se prestam serviços públicos ou exploram atividade econômica.

No entanto, devemos tomar cuidado, pois as questões de concurso não costumam ser tão técnicas. Muitas vezes, **as afirmativas tratam o regime jurídico como de direito privado**, para diferenciá-los do regime de direito público das outras entidades. Portanto, o mais adequado é falar em **regime jurídico híbrido**, mas também pode ser considerado correto se a questão falar simplesmente em **regime de direito privado** para **as empresas públicas e sociedades de economia mista**.



As empresas públicas e as sociedades de economia mista que **exploram atividade econômica** atuam com predomínio das regras de **direito privado**, porquanto o art. 173, § 1º, II, da CF, estabelece que o estatuto dessas entidades se sujeita ao **regime jurídico próprio das empresas privadas**. Dessa forma, essas entidades só se submetem às regras de direito público quando a Constituição assim o determine, expressa ou implicitamente. Assim, para uma lei administrativa dispor sobre regras de direito público para uma empresa pública exploradora de atividade econômica, tais regras devem derivar do texto constitucional.

O entendimento é simples, se a própria Constituição determinou que as empresas públicas e sociedades de economia mista devem seguir as regras próprias das empresas privadas, somente a própria Constituição poderá estabelecer exceções, seja de forma expressa ou de forma implícita.

Nesse contexto, podemos citar como *exemplos* regras de direito público que devem ser observadas pelas empresas estatais exploradoras de atividade econômica:

- a) **princípios gerais da Administração Pública** (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), previstos no art. 37, caput, da Constituição;
- b) **concurso público** para contratação de pessoal (CF, art. 37, II);
- c) **licitação pública** para firmar contratos com terceiros, com algumas exceções (as empresas estatais seguem um rito licitatório próprio, nos termos da Lei 13.303/2016) (CF, art. 37, XXI; e art. 173, § 1º, III; Lei 13.303/2016, art. 28);
- d) **dever de prestar contas e controle realizado pelos Tribunais de Contas** (CF, art. 70, parágrafo único; c/c art. 71, II).

A **organização** dessas entidades também depende de regras de direito público, uma vez que dependem de lei para autorizar sua criação ou extinção, ou mesmo para criação de subsidiárias, neste último caso, mesmo que ocorra de forma genérica (CF, art. 37, XIX e XX). Por fim, essas entidades submetem-se ao controle e fiscalização do Tribunal de Contas (CF, art. 71) e do Congresso Nacional (art. 49, X).

Por outro lado, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando atuarem na **prestação de serviços públicos**, submetem-se **predominantemente**, às regras de **direito público**. Isso fica muito mais evidente quando as entidades realizam suas **atividades-fim**, ou seja, quando estão prestando o serviço público para o qual foram criadas. Menciona-se, por exemplo, o **princípio da continuidade do serviço público** e outros.



Há ainda uma “terceira regra”, aplicável às empresas estatais que prestam serviços públicos próprios do Estado e em regime não concorrencial.

Nesse tipo de situação, entende-se que a aplicação do regime jurídico de direito público será ainda mais acentuada, **ao ponto de equiparar a empresa estatal à fazenda pública** em diversas situações. Alguns exemplos são: (i) a possibilidade de exercer o poder de polícia;<sup>8</sup> (ii) a aplicação do regime de precatórios;<sup>9</sup> (iii) o benefício da imunidade tributária recíproca;<sup>10</sup> etc.

Vamos ver, ao longo da aula, que **os Correios, a Infraero e outras empresas estatais que prestam serviços em regime de monopólio ou não concorrencial possuem prerrogativas especiais, semelhantes à administração direta e autárquica.** Esse fenômeno é conhecido como “autarquiação das empresas estatais”, que representa a extensão de regras inicialmente aplicáveis à Fazenda Pública para algumas empresas estatais.

De acordo com o STF, para a extensão da **imunidade tributária recíproca** da Fazenda Pública a sociedades de economia mista e empresas públicas, é necessário preencher 3 (três) requisitos:

- a) a **prestação de um serviço público**;
- b) a **ausência do intuito de lucro** e
- c) a **atuação em regime de exclusividade**, ou seja, **sem concorrência**.

STF. Plenário. ACO 3410/SE, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 20/4/2022 (Info 1051).

---

Em outra oportunidade, o STF reconheceu que sociedade de economia mista **prestadora de serviço público não concorrencial** está sujeita ao **regime de precatórios** (art. 100 da CF/88) e, por isso, impossibilitada de sofrer constrição judicial de seus bens, rendas e serviços, em respeito ao princípio da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF/88) e da separação funcional dos poderes (art. 2º c/c art. 60, § 4º, III). STF. Plenário. ADPF 275/PB, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 17/10/2018 (Info 920). Ver também: Plenário. ADPF 387/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/3/2017.

---

Por fim, o STF entendeu que é constitucional a **delegação do poder de polícia**, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que **prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial**.

Com isso, podemos resumir da seguinte forma. Todas as empresas públicas e sociedades de economia mista possuem personalidade jurídica de direito privado e **regime jurídico híbrido**. Porém, quando explorarem atividade econômica, sujeitam-se predominantemente ao **regime de direito privado**. Por outro lado,

<sup>8</sup> RE 633.782, tema 532, julgamento em 26/10/2020.

<sup>9</sup> ADPF 890 MC-Ref/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26/11/2021. ADPF 275/PB, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 17/10/2018.

<sup>10</sup> ACO 3410/SE, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 20/4/2022

quando prestam serviços públicos, subordinam-se predominantemente a regras de direito público. Por fim, quando são prestadoras de serviços públicos em regime de monopólio ou não concorrencial a aplicação do regime de direito público será ainda mais predominante.



Por fim, a atividade preferencial das empresas estatais é a exploração de atividade econômica. Dessa forma, se a questão não definir qual a área de atuação, devemos partir do pressuposto que é a exploração de atividade econômica. Logo, o regime predominante será de direito privado.

## Patrimônio (bens)

Os bens públicos gozam de prerrogativas para proteção do patrimônio público e cumprimento do princípio da continuidade dos serviços públicos. Assim, tais bens não podem ser penhorados (procedimento utilizado para cobrança judicial de alguma dívida); são imprescritíveis (não podem ser adquiridos por usucapião); e sofrem restrições à alienação (inalienabilidade), ou seja, não podem ser vendidos livremente.

Os bens das sociedades de economia mista e das empresas públicas são considerados bens privados, ou seja, não são classificados como bens públicos. Consequentemente, em regra, não possuem os atributos dos bens públicos, como a impenhorabilidade e imprescritibilidade.

No entanto, tendo em vista o princípio da continuidade dos serviços públicos, a regra para as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviço público é um pouco diferente. Nesse caso, os bens afetados (utilizados) diretamente à prestação do serviço público gozam dos mesmos atributos dos bens públicos.

Nesse sentido, voltando ao caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT, o Supremo Tribunal Federal possui diversos julgados sobre essa entidade, atribuindo-lhe os mesmos privilégios da fazenda pública, como a impenhorabilidade de seus bens (e, por conseguinte, a sujeição ao regime de precatórios).<sup>11</sup>

<sup>11</sup> RE 220.906 DF.

Assim, podemos resumir o caso da seguinte forma. Os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista são bens privados. Porém, no caso das prestadoras de serviço público, os bens diretamente relacionados à prestação do serviço gozam dos mesmos atributos dos bens públicos.

## Falência

A Lei 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, deixou claro, em seu art. 2º, I, que suas normas não se aplicam às empresas públicas e às sociedades de economia mista. Dessa forma, independentemente da atividade que desempenham, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não se sujeitam ao regime falimentar.

Nessa linha, as entidades políticas instituidoras podem responder de forma **subsidiária** quando as suas entidades administrativas não tiverem condições de arcar com danos causados a terceiros. Por exemplo, imagine que uma empresa pública, prestadora de serviços públicos, cause prejuízos a um particular, mas não tenha condições de arcar com o dano causa, por estar em situação de insolvência (ou seja, ela não tem mais dinheiro). Nesse caso, o ente instituidor responderá de forma subsidiária pelo dano, isto é, terá que indenizar o prejuízo causado ao terceiro.

**(TRT CE - 2017) Tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista sujeitam-se ao regime falimentar.**

### Comentários:

As empresas estatais não se submetem ao regime falimentar.

### Gabarito: errado.

## Privilégios

Devemos entender como “privilégios” os benefícios específicos concedidos às entidades públicas. Teoricamente, as empresas estatais não deveriam gozar de “privilégios”, pois podem atuar no mercado competitivo.

Assim, de forma genérica, as empresas estatais deveriam seguir as mesmas regras fiscais e tributárias das demais empresas. Na mesma linha, os seus bens deveriam seguir regras equiparadas às empresas privadas. Por fim, elas não deveriam gozar de prerrogativas processuais.

Porém, temos que analisar tudo isso com calma, pois existem várias exceções!

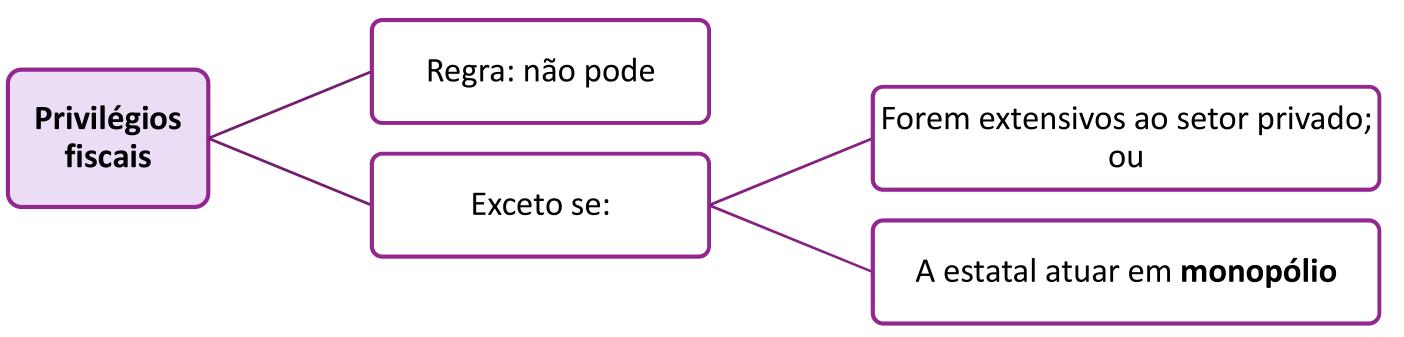
## Benefícios fiscais

O § 2º, art. 173, CF, dispõe que as empresas públicas e as sociedades de economia mista **não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado**. Todavia, essa regra possui algumas exceções e exige algumas discussões.

Inicialmente, o dispositivo não veda toda concessão de privilégios fiscais, mas tão somente aqueles aplicados exclusivamente às empresas públicas e sociedades de economia mista. Assim, se o ente conceder um privilégio fiscal a todas as empresas de determinado setor, independentemente se são estatais ou não, não haverá vedação.

Além disso, devemos notar que o art. 173 se aplica empresas estatais que **exploram atividade econômica**. Logo, **teoricamente**, seria possível estabelecer privilégios fiscais para as empresas estatais que prestam serviços públicos. Isso, no entanto, é muito questionável, já que algumas empresas estatais podem prestar serviços públicos, mas atuar em regime de competição. Isso poderia ocorrer, por exemplo, com uma distribuidora de energia elétrica (prestadora de serviços públicos), mas que não possuísse a exclusividade na prestação de serviço (logo, ela atuaria em competição com outras entidades). Assim, preferimos o posicionamento de que não é possível, em regra, instituir privilégio, ainda que a entidade seja prestadora de serviços públicos.

Contudo, **quando a empresa atuar em regime de monopólio**, não existirá nenhuma vedação da concessão do privilégio, ainda que a empresa explore atividade econômica. O entendimento é muito simples: uma vez que há monopólio, não existirão empresas do ramo no setor privado.



## Imunidade tributária

Nesse ponto, vale trazer um importante entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre **a imunidade tributária recíproca**. O art. 150, VI, "a", da CF, estabelece que é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

O § 2º do mesmo artigo 150 dispõe que essa regra se estende **às autarquias e às fundações instituídas** e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. Nota-se que, em nenhum lugar, há menção às empresas públicas e às sociedades de economia mista. Portanto, **genericamente, podemos considerar que a imunidade tributária não se aplica às empresas públicas e às sociedades de economia mista**.

Contudo, vamos notar adiante que existem diversas exceções e detalhes!

O Supremo Tribunal Federal vem apresentando entendimento de que a imunidade tributária recíproca aplica-se às empresas públicas e sociedades de economia mista que **prestam serviços públicos**, desde que atendidos outros requisitos.

O primeiro julgamento do STF nesse sentido ocorreu com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT, no julgamento do RE 407.099/RS, quando a Corte entendeu que a empresa é **“prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado”** motivo pela qual está abrangida pela regra da imunidade tributária.<sup>12</sup>

Na mesma linha, o STF entendeu que a imunidade tributária recíproca se aplica à Infraero, empresa pública federal, uma vez que presta serviço público **“em regime de monopólio”**. Contudo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao decidir o caso da Infraero, aparenta-se ser bem mais amplo que o caso da EBCT, vejamos:<sup>13</sup>

*A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da INFRAERO), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos.*

Quando falamos em “serviços públicos”, nesse caso, podemos estar até mesmo tratando dos serviços sociais, como a saúde. Isso é interessante porque o serviço de saúde, quando prestado pelo Estado, enquadra-se no conceito de serviço público, no entanto **não ocorre mediante delegação, dada sua livre exploração pelas entidades privadas (CF, art. 199)**. Nesse contexto, o STF admitiu a aplicação da imunidade tributária recíproca a uma sociedade de economia mista que prestava serviços de saúde. Nesse caso, porém, ficou destacado que a entidade:<sup>14</sup> (i) não atuava com a finalidade de obtenção de lucro; (ii) o capital social era majoritariamente (no sentido de “quase integralmente”) estatal.

Em outra decisão, o STF afirmou que a aplicação da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos depende dos seguintes parâmetros.<sup>15</sup>

- a) a imunidade tributária recíproca se aplica apenas à **propriedade, bens e serviços** utilizados na satisfação dos **objetivos institucionais** imanentes do ente federado (por exemplo: prestação de serviço de saúde);
- b) **atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação** (ou seja, não se submetem a

<sup>12</sup> RE 407.099/RS. No mesmo sentido: RE 354.897/RS, RE 398.630/SP, ACO 765/RJ, e outros; quando a Corte destacou que a EBCT “é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca”.

<sup>13</sup> RE 363.412/BA.

<sup>14</sup> RE 580.264, julgado em 6/12/2010. Não foi fixada tese de repercussão geral, porque o caso era muito específico.

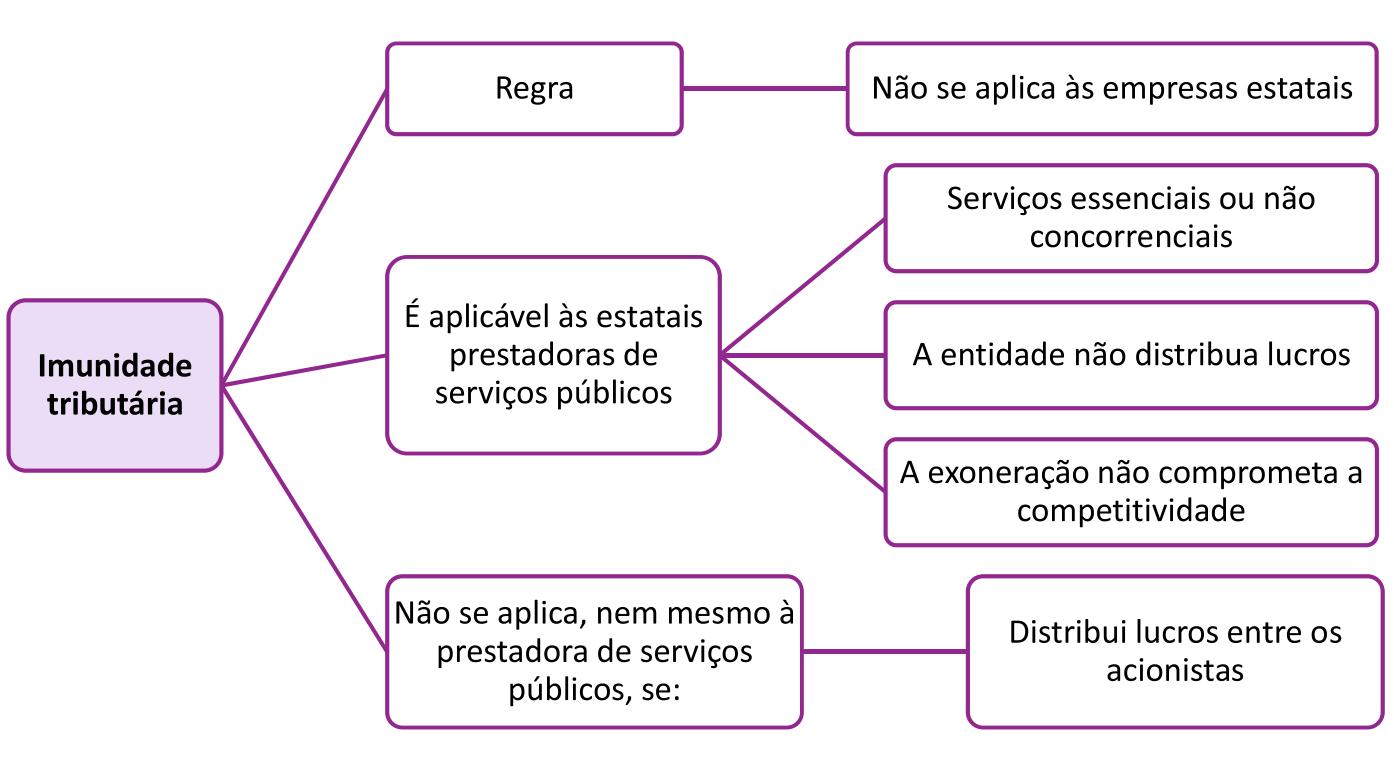
<sup>15</sup> ACO 1.460 AgR, julgado em 7/10/2015.

imunidade): por exemplo: se a estatal distribui lucros entre os acionistas não poderá se aplicar a imunidade tributária; e

c) a desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do livre exercício de atividade profissional ou econômica lícita.

Ademais, o STF entende que não se pode aplicar a imunidade tributária recíproca quando se tratar de sociedade de economia mista cuja participação acionária é negociada em bolsas de valores e que está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas.<sup>16</sup> Imagine, por exemplo, que seja instituída uma sociedade de economia mista para distribuir energia elétrica (serviço público). Porém, ela possui ações na bolsa de valores e faz distribuição de lucros para os seus sócios. Nesse tipo de situação, a entidade não poderá ser beneficiada pela imunidade tributária recíproca.

Bom, eu sei que foram muitos detalhes. Então, vamos fazer uma pequena sistematização, ressaltando o fato de que esse tema ainda tem muito a evoluir no âmbito do STF.



## Prescrição

Vimos que as ações sobre dívidas e direitos em favor de terceiros contra as autarquias prescrevem em cinco anos (Decreto 20.910/1932, art. 1º<sup>17</sup>, c/c Decreto-Lei 4.597/1942, art. 2º).

Todavia, em regra, esse prazo não se aplica às empresas estatais. Genericamente, as ações destinadas a cobrar dívidas e obter direitos devem se submeter ao regramento previsto no Código Civil. O art. 205 do CC dispõe que a prescrição ocorrerá em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Em seguida,

<sup>16</sup> RE 600.867 (Tema 508), tese fixada em 20/08/2020.

<sup>17</sup> Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

o art. 206 estabelece diversos prazos de prescrição, para várias situações. Assim, a depender do caso, podemos ter o prazo de dez anos ou outros prazos (inclusive menores). Cremos que não há necessidade de decorar esses prazos, sobretudo quando se fala em direito administrativo. Assim, o que nos interessa é saber que **as empresas estatais não gozam, em regra, do prazo quinquenal de prescrição.**

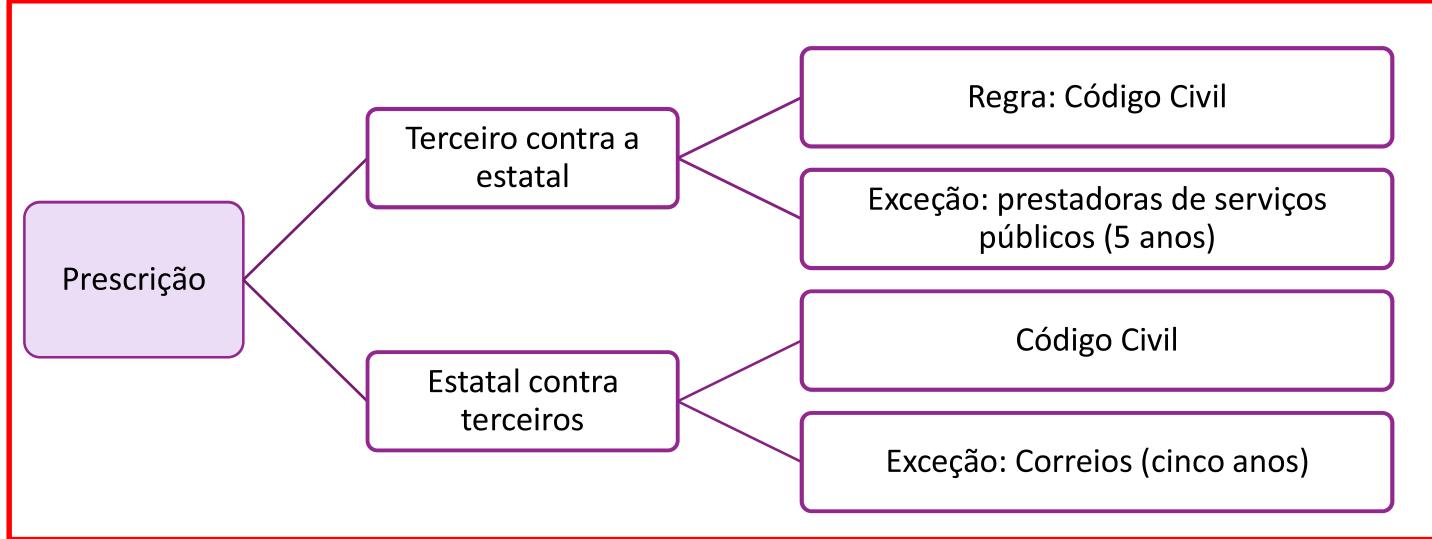
Porém, mais uma vez, vamos trazer a famosa exceção sobre as prestadoras de serviços públicos. Nessa linha, a Lei 9.494/1997 dispõe que: **"prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos"**. Logo, tratando-se de responsabilidade civil do Estado, as ações de reparação de danos causados por agente de empresa estatal prestadora de serviços públicos **prescreverão no prazo de cinco anos.**

Até aqui, falamos da ação de terceiros contra as estatais. Por exemplo: se um agente da empresa estatal danificar o seu carro, você terá um prazo para mover a ação, sob pena de prescrição.

Pois bem, mas e quando a ação for movida pela empresa estatal contra um terceiro? Qual será o prazo prescricional? Por exemplo: João está devendo um valor para uma empresa estatal, qual prazo esta entidade terá para mover a ação de cobrança?

Nesse caso, novamente, devemos aplicar, como regra, os prazos definidos no Código Civil.

Porém, no caso dos Correios, o STJ admite a aplicação do prazo de cinco anos. Assim, o prazo de cinco anos previsto no Decreto 20.910/1932, para a fazenda pública mover as ações de reparação de danos também deve ser aplicado aos Correios.



Vamos exercitar um pouco!

**(TRT RS - 2015) Considere que uma sociedade de economia mista controlada pela União, que atua na área de processamento de dados, pretenda oferecer seus serviços ao mercado privado, com vistas a ampliar suas receitas para além dos recursos obtidos com a prestação dos serviços à Administração pública. Referida entidade dado o regime de direito público a que se submete, está imune à tributação sobre a prestação dos serviços aos privados.**

**Comentários:** se a entidade irá prestar serviços ao mercado privado, significa que ela irá explorar atividade econômica. Logo, a sociedade de economia mista em questão não estará sujeita à imunidade tributária recíproca. Com efeito, o regime jurídico também não é de direito público, mas híbrido ou de direito privado.

**Gabarito: errado.**

## Regime de pessoal

O regime de pessoal das empresas públicas e sociedades de economia mista é o de **emprego público**. Tal regime é regido pela **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**, e o vínculo é formado por intermédio de um **contrato de trabalho (relação bilateral)**.

Não obstante, algumas regras de direito público são aplicáveis ao regime de pessoal. Nessa linha, a contratação do pessoal “permanente” dessas entidades depende de aprovação em **concurso público**, nos termos do art. 37, II, da Constituição.

Todavia, ainda que haja a aprovação em concurso público, os empregados públicos **não possuem direito à estabilidade**. Logo, mesmo após três anos de exercício, eles não irão adquirir a estabilidade, uma vez que isso é uma característica restrita ao regime de direito público.

Apesar disso, o **STF reconheceu que a dispensa dos empregados públicos, de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, deverá ser motivada, em respeito aos princípios da moralidade e da isonomia**.<sup>18</sup> Tal exigência decorre da seguinte lógica: se eu devo observar a impessoalidade e a isonomia na contratação, também devo observá-los por ocasião da demissão. Do contrário, a realização de concurso seria uma mera formalidade, pois a entidade poderia promover dispensas sem qualquer razão para fazer a “fila do concurso andar”, contratando os seus apadrinhados nas posições intermediárias na classificação do concurso.

Vale ressaltar que a decisão do STF foi restrita ao âmbito das **prestadoras de serviços públicos**. Por enquanto, não há posicionamento do STF em relação às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, seja para dizer que precisa ou que não precisa de motivação. É muito provável que essa interpretação, no futuro, possa ser extrapolada também para aquelas que exploram atividade econômica, uma vez que os argumentos levantados pelos ministros são comuns aos dois tipos de entidades (isonomia e impessoalidade aplicável no momento da contratação). Porém, **por ora, o posicionamento expresso do STF é sobre as prestadoras de serviços públicos**.

Outra **vedação** que alcança os empregados públicos é sobre a **acumulação remunerada de cargos, empregos e funções**. Em regra, a Constituição veda a acumulação de cargos públicos (CF, art. 37, XVI), sendo que essa vedação se aplica também a **“empregos e funções”** e abrange autarquias, fundações,

<sup>18</sup> RE 589.998-PI, julgado em 20 de março de 2013.

**empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público”** (CF, art. 37, XVII).<sup>19</sup>

No que se refere ao **teto constitucional remuneratório**, previsto no art. 37, XI, existem duas situações para as EP, as SEM e suas subsidiárias (CF, art. 37, § 9º):

- a) quando receberem recursos do ente instituidor para **pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral: aplicar-se-á o teto constitucional aos seus agentes públicos;**
- b) quando **não** receberem recursos do ente instituidor para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral: **não será aplicável o teto constitucional aos seus agentes públicos.**

Em linhas gerais, isso é o que chamamos de empresa estatal *dependente* e empresa estatal *independente*.<sup>20</sup> Se a estatal é dependente, ou seja, se ela depende do ente instituidor para “sobreviver”, recebendo recursos para pagamento de pessoal ou para custeio (contas mensais de manutenção, luz, água, etc.), os seus agentes públicos não poderão ganhar mais do que o teto constitucional. Se, por outro lado, a entidade for independente, os seus agentes públicos poderão receber mais do que o teto constitucional remuneratório. Por exemplo: a Petrobrás é uma empresa independente, pois ela não recebe da União recursos para pagamento dos seus empregados e dirigentes nem para custear suas despesas administrativas. Logo, não há nenhum impedimento, na Constituição, para um dirigente da Petrobrás receber mais do que um ministro do STF.

Outras regras específicas para os **empregados públicos** são as seguintes:

- a) sujeitos ao **regime geral de previdência social** – RGPS (CF, art. 40, § 13);
- b) os litígios da relação de trabalho dos empregados públicos com as EP e SEM são resolvidos na **Justiça do Trabalho** (CF, art. 114); e
- c) eles são considerados agentes públicos para fins de **improbidade administrativa** (Lei 8.429/92, art. 3º) e equiparados a funcionários públicos para fins **penais** (CP, art. 327, § 1º).

Agora, vamos falar um pouco dos dirigentes das empresas estatais.

---

<sup>19</sup> A regra da vedação à acumulação possui exceções, dispostas no art. 37, XVI, e também em outros pontos da CF.

<sup>20</sup> Sendo bem técnico, o conceito de estatal dependente e independente ainda levaria outras situações em consideração, mas isso é irrelevante para a nossa disciplina de Direito Administrativo. Esses conceitos constam na Lei de Responsabilidade Fiscal. Assim, se em algum momento você tiver que estudar Direito Financeiro ou Administração Financeira, você saberá os aspectos mais técnicos do conceito. Mas, em nossa disciplina, esses detalhes são irrelevantes.

## Administradores das empresas estatais

Os administradores são os **membros do conselho de administração e da diretoria**. Assim, no caso dos administradores, o regime de pessoal é um pouco diferente. Quando eles não são integrantes dos respectivos quadros de pessoal (indicados “de fora” da estatal), eles não podem ser classificados como empregados celetistas.

Nessa situação, eles exercem um “cargo”<sup>21</sup> de livre “nomeação e exoneração”, uma vez que a indicação independe da realização de concurso público. No entanto, **não se trata de cargo público em sentido estrito, ou seja, não é um cargo estatutário, uma vez que o regime não é de direito público, mas também não se trata de uma relação regida pela CLT**. Trata-se de **um regime especial**, regido pela Lei 13.303/16, pela legislação comercial e pelo estatuto da entidade.

Dessa forma, os administradores das empresas estatais não ocupam “cargo” em sentido estrito, mas firmam um vínculo especial com a entidade por intermédio de um contrato, disciplinado em normas específicas.

Além disso, eles são escolhidos e nomeados pelo chefe do Poder Executivo (logicamente, considerando a situação “normal” de vinculação ao Poder Executivo). Com efeito, o STF entende que são **inconstitucionais** normas que exijam a **aprovação**, pelo Poder Legislativo, do nome indicado pelo chefe do Executivo para dirigir uma empresa estatal. Também **são inconstitucionais** normas que exijam a aprovação do Legislativo para “exonerar” o dirigente da estatal.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Algumas decisões judiciais já utilizaram a expressão “**emprego em comissão**” para designar as unidades funcionais de “livre nomeação e exoneração” no âmbito das empresas estatais (TST, Processo RR-938-10.2013.5.10.001). Essa expressão ainda não é consagrada, mas é utilizada em alguns casos para se referir aos “cargos” de direção, chefia e assessoramento nas entidades de direito privado.

<sup>22</sup> No caso das autarquias e das fundações, é constitucional exigir a aprovação do legislativo para nomear o dirigente (vide a situação das agências reguladoras); mas é inconstitucional exigir essa aprovação para exonerar o dirigente. Já nas empresas estatais, as duas exigências (autorização para nomear ou para exonerar) são inconstitucionais.

Os administradores das empresas estatais, ademais, são considerados agentes públicos e, portanto, estão sujeitos à ação de improbidade administrativa, à ação popular e à ação penal por crimes contra a Administração Pública.

Além disso, quando exercerem os denominados “atos de autoridade”, podem figurar como autoridade coatora em **mandado de segurança**. Por exemplo: o ato de um dirigente de estatal que negar a participação de um candidato em um concurso público ou a participação de uma empresa em processo de licitação pública poderá ser impugnado por meio de mandado de segurança. Ressalta-se, todavia, que não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial. Por exemplo: se um banco público negar a concessão de um financiamento de um carro, não caberá o mandado de segurança, por se tratar de típico ato comercial.

## Regras especiais sobre a escolha dos administradores

Buscando moralizar a escolha dos administradores, a Lei 13.303/2016 estabeleceu algumas **exigências (ou requisitos) e restrições**.

Nesse contexto, os membros do Conselho de Administração e os indicados para o cargo de diretor (inclusive presidente), diretor-geral e diretor-presidente devem atender aos seguintes requisitos (art. 17):

- a) ser cidadão de reputação ilibada;
- b) ter notório conhecimento<sup>23</sup>;
- c) ter experiência profissional, conforme prazos e condições descritas na Lei;
- d) ter formação acadêmica compatível c/ o cargo para o qual foi indicado; e
- e) não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas em lei.

A experiência profissional deve ser comprovada pela demonstração de pelo menos **um dos seguintes requisitos** a seguir (art. 17, I):

- ✓ **10 (dez) anos** de experiência profissional, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexa àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou
- ✓ **4 (quatro) anos** ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:
  - cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos dois níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;
  - cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;
  - cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista; ou

---

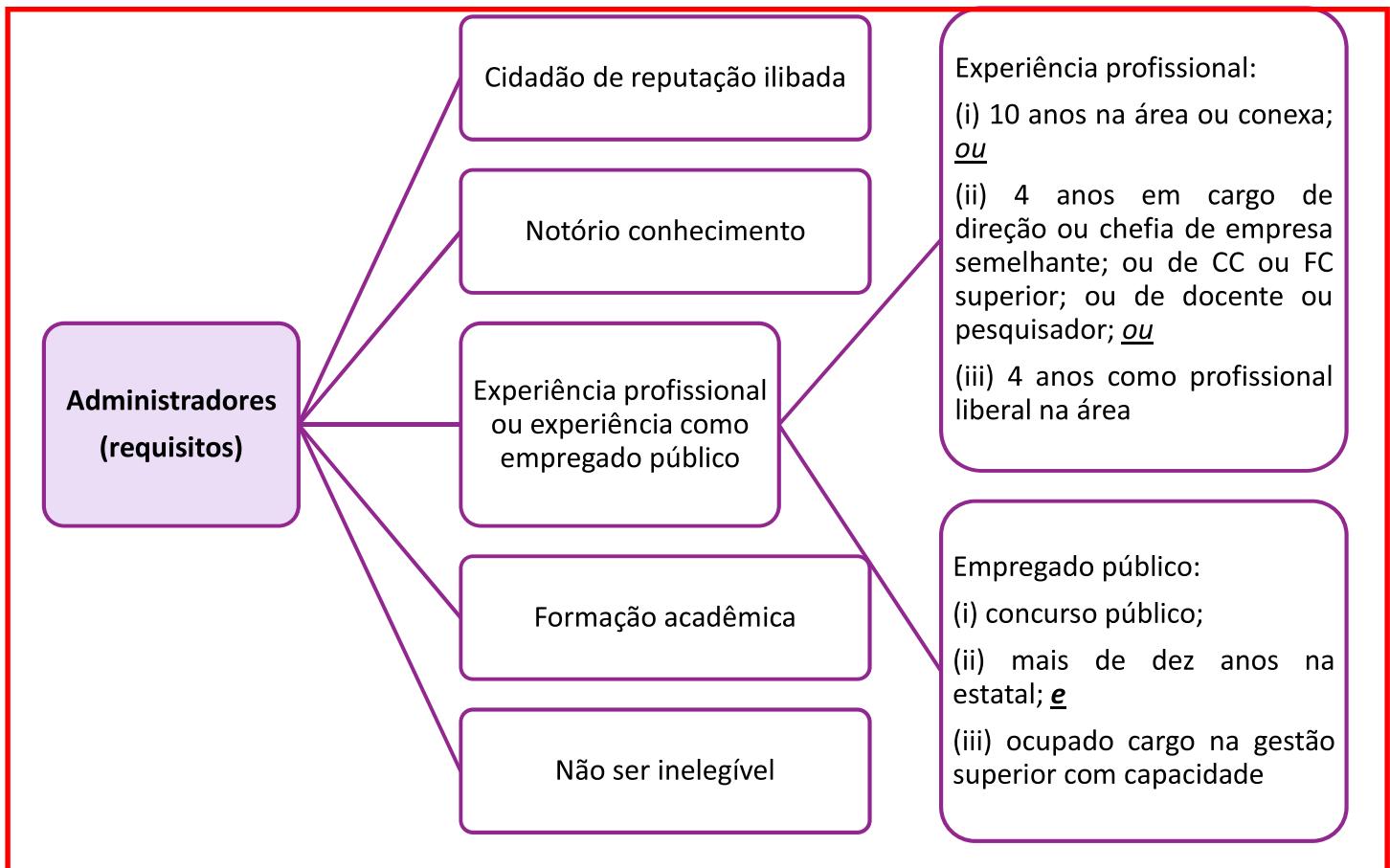
<sup>23</sup> A Lei 13.303/2016 não é específica quanto ao “notório conhecimento”, mas logicamente que ele deve guardar relação com a atividade a ser desempenhada. Nessa linha, o Decreto 8.945/2016 (art. 28, II) dispõe que o administrador deve ter “notório conhecimento **compatível com o cargo para o qual foi indicado**”.

✓ **4 (quatro) anos** de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista.

Todavia, **a exigência de experiência profissional não é absoluta**, uma vez que poderá ser dispensada no caso de indicação de empregado da empresa pública ou da sociedade de economia mista para cargo de administrador ou como membro de comitê, **desde que atendidos os seguintes quesitos mínimos** (art. 17, § 5º) (cumulativos):

- (i) o empregado tenha ingressado na empresa pública ou na sociedade de economia mista **por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos**;
- (ii) o empregado tenha **mais de dez anos** de trabalho efetivo na empresa pública ou na sociedade de economia mista;
- (iii) o empregado tenha ocupado cargo na gestão superior da empresa pública ou da sociedade de economia mista, comprovando sua capacidade para assumir as responsabilidades dos cargos de administração.

Portanto, a Lei afasta a exigência de comprovação de tempo de experiência profissional quando o nomeado para os cargos de administração tiver ingressado na estatal mediante concurso público, ou possuir mais de 10 anos de trabalho na entidade ou ainda tenha comprovado a capacidade de assumir as responsabilidades do cargo.



Além dos requisitos acima, a Lei apresenta uma série de restrições aos indicados para o Conselho de Administração e para a diretoria. Nessa linha, **veda-se a indicação** (art. 17, § 2º):

- a) de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, **ainda que licenciados do cargo**;
- b) de pessoa que atuou, nos últimos 36 meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;
- c) de pessoa que exerce cargo em organização sindical;
- d) de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a três anos antes da data de nomeação;
- e) de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

A vedação descrita na letra “a” estende-se também aos **parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau** das pessoas nele mencionadas (art. 17, § 3º).

**(TRT CE - 2017) A respeito do regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista federais, julgue o item a seguir: os empregados dessas empresas ou dessas sociedades não poderão cumular seus empregos com outros empregos, cargos e funções públicas, a não ser nas hipóteses constitucionalmente previstas.**

**Comentários:**

Isso mesmo! Os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista submetem-se a vedação à acumulação remunerada de cargos empregos e funções, nos termos do art. 37, XVI e XVII, da CF. Porém, lembramos que essa vedação possui exceções previstas na própria Constituição.

**Gabarito: correto.**

## **Licitações e contratações**

A Constituição Federal estabeleceu que o estatuto da empresa pública e da sociedade de economia mista deveria estabelecer regras específicas para licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Dessa forma, a Lei 13.303/2016 veio a disciplinar a aplicação das licitações e contratações no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. Deve-se observar que, antes da edição da Lei 13.303/2016, as empresas estatais seguiam, em regra, as normas da Lei 8.666/1993, excetuando-se apenas algumas empresas, como a Petrobrás, que possuía um estatuto próprio.

No entanto, a Lei 13.303/2016 acabou com todos os regulamentos específicos, fazendo com que todas as empresas estatais passassem a seguir as suas disposições relativas às licitações e contratações.

Anota-se ainda que, expressamente, a Lei 8.666/1993 estabelece que as suas regras alcançam as empresas públicas e as sociedades de economia mista. No entanto, podemos dizer que houve uma revogação tácita dessa exigência, uma vez que o Estatuto da Empresa Pública e da Sociedade de Economia Mista disciplinou quase integralmente a matéria.

Não obstante, não podemos dizer que a todas as disposições da Lei 8.666/1993 foram afastadas, já que a própria Lei 13.303/2016 dispôs que continuam a ser aplicadas às licitações e contratações das empresas estatais as regras sobre direito penal e algumas regras sobre critério de desempate, contidas respectivamente nos arts. 89 a 99 e 3º, § 2º, da Lei de Licitações e Contratações.

Nem todas as contratações dependem de prévia realização de licitação pública. Nessa linha, a Lei 13.303/2016 estabeleceu casos de **licitação dispensada, dispensável e de inexigibilidade**.

**A licitação dispensada** envolve os casos em que não só a **licitação é inaplicável**, assim como todas as demais exigências formais constantes na Lei 13.303/2016. Nessa linha, as empresas estatais estão dispensadas de seguir as disposições sobre licitações e contratações da Lei 13.303/2016 nas seguintes situações:

- a) comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas estatais, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;
- b) nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

O primeiro caso envolve as atividades finalísticas da empresa. Por exemplo, não seria viável a Petrobrás S/A ter que realizar uma licitação para vender (alienar) petróleo; também não seria viável o Banco do Brasil ou a Caixa terem que fazer licitação para poder oferecer crédito a seus correntistas. Em ambos os casos, as empresas estariam desempenhando as atividades relacionadas com os seus objetos sociais, motivo pelo qual não devem fazer licitação.

O segundo caso é um pouco mais complexo. As **oportunidades de negócio**, de acordo com a **Lei 13.303/2016**, envolvem a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais; assim como a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do **mercado de capitais**, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente. Um exemplo de oportunidade de parceria seria a compra de ações para obter o controle acionário de uma outra sociedade.

Os casos de **licitação dispensável** e de **inexigibilidade** são bem semelhantes aos que constam na **Lei 8.666/1993**. No primeiro caso (licitação dispensável), o legislador dá opção ao agente público de optar por realizar ou não a licitação, como ocorre nos casos de contratação de baixo valor ou de falta de interesse

dos fornecedores. Por outro lado, os casos de inexigibilidade de licitação são aqueles em que há inviabilidade de licitação, como nas situações de um único fornecedor ou que apenas uma empresa tenha capacidade de prestar o serviço. Vale mencionar que, nos casos de licitação dispensável e de inexigibilidade, a empresa estatal não fica desobrigada de todas as disposições da Lei 13.303/2016, uma vez que precisa cumprir algumas formalidades mínimas, como justificativa de preços e razão da escolha do fornecedor.

A figura abaixo resume as regras sobre licitações no âmbito das empresas estatais:

A Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93) prevê um limite de dispensa de licitação por baixo valor, ou seja, quando o valor do objeto a ser adquirido for muito baixo, a Administração não será obrigada a licitar, podendo promover a contratação diretamente.<sup>24</sup> Atualmente, a Lei 13.303/16 prevê também valores de dispensa de licitação por baixo valor, mas especificamente para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Portanto, atualmente, os valores de dispensa para as empresas estatais são diferentes dos valores do restante da Administração Pública, conforme quadro abaixo:

|                                | Lei 8.666/93<br>(administração em geral) | Lei 13.303/16<br>(somente estatais) <sup>25</sup> |
|--------------------------------|--|---|
| Obras e serviços de engenharia | R\$ 33 mil                               | R\$ 100 mil                                       |
| Compras e demais serviços      | R\$ 17,6 mil                             | R\$ 50 mil  |

<sup>24</sup> Atualmente, os valores de dispensa da Lei de Licitações foram atualizados pelo Decreto 9.412/2018.

<sup>25</sup> Esses valores “podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade” (Lei 13.303/16, art. 29).

## Diferenças entre EP e SEM

As diferenças entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista resumem-se em três:

- a) forma jurídica;
- b) composição do capital; e
- c) foro processual (somente para as entidades federais).

Vamos analisar cada uma dessas diferenças.

### Forma jurídica

As sociedades de economia mista devem, obrigatoriamente, ter a forma de sociedade anônima (S/A), conforme determina o art. 5º da Lei 13.303/2016. Em virtude dessa formação societária, as SEM são reguladas, basicamente, pela Lei das Sociedades por Ações, que possui um capítulo específico para tratar dessas entidades (Lei 6.404/1976, arts. 235-240).

Por outro lado, as empresas públicas podem ser formadas sob qualquer forma admitida em direito. Assim, elas podem ser unipessoais (quando a entidade instituidora possui a integralidade de seu capital), pluripessoais (quando possui capital dominante do ente instituidor associados aos recursos de outras pessoas administrativas). Cumpre frisar, as empresas públicas admitem até mesmo a forma de sociedade anônima; nesse caso, porém, o capital seria integrado por entidades públicas (outros entes federados ou entidades administrativas).

Com efeito, o Decreto Lei 200/1967 dispõe que as empresas públicas podem revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. Por conseguinte, a doutrina entende que, uma vez que cabe à União legislar sobre direito civil e comercial (CF, art. 22, I), poderia ser instituída uma empresa pública federal sob forma inédita, *sui generis*, não prevista para o direito privado. Assim, a União criaria uma nova forma de empresa.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho,<sup>26</sup> apesar de o Decreto Lei 200/1967 dispor que as EP podem ser formadas sob qualquer forma admitida em direito, existem algumas formas societárias incompatíveis com a empresa pública, a exemplo das sociedades em nome coletivo (CC, art. 1.039) sociedade cooperativa (CC, art. 1.093) e a empresa individual de responsabilidade limitada (CC, art. 980-A). Essas formas societárias são tipicamente formadas por pessoas físicas, inviabilizando a formação de capital por meio do Poder Público. Ainda com essa ressalva, devemos manter o entendimento de que as EP podem ser formadas sob qualquer forma admitida em direito.

Dessa forma, podemos entender que as empresas públicas podem ser criadas sob qualquer forma admitida em direito e, exclusivamente para a União, podem ser criadas sob uma forma jurídica inédita. Por outro lado, as sociedades de economia mista serão sempre constituídas na forma de sociedade anônima.

---

<sup>26</sup> Carvalho Filho, 2014, p. 513.



Vamos exercitar um pouco!

**(ALESE - 2018) Considere: Y é empresa pública federal e Z é sociedade de economia mista, também de âmbito federal. Levando em conta as características de tais entidades, ambas poderão revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.**

**Comentários:**

Somente as empresas públicas admitem qualquer forma jurídica permitida em direito. Por outro lado, as sociedades de economia mista serão necessariamente sociedades anônimas.

**Gabarito: errado.**

**(TRE BA - 2017) As sociedades de economia mista são submetidas a regras especiais, sendo constituídas sob a forma de sociedades anônimas ou limitadas, cujas ações ou cotas com direito a voto devem pertencer, em sua maioria, ao ente federativo.**

**Comentários:**

As sociedades de economia mista somente podem ser constituídas na forma de sociedades anônimas. Logo, não podem ser constituídas como sociedades limitadas.

**Gabarito: errado.**

## Composição do capital

**As sociedades de economia mista admitem a participação de capital público e de capital privado, enquanto as empresas públicas só admitem capital público.**

No caso das sociedades de economia mista, podem ser conjugados recursos de pessoas de direito público ou de outras pessoas administrativas com recursos de particulares. No entanto, o controle acionário da entidade deve permanecer com o ente instituidor, logo a maioria do capital votante sempre pertencerá ao ente que instituiu a entidade. Nesses termos, a Lei 13.303/2016 dispõe que, nas sociedades de economia mista, as ações com direito a voto devem pertencer em sua maioria à *União*, aos *Estados*, ao *Distrito Federal*, aos *Municípios* ou a *entidade da administração indireta*.

Por outro lado, **as empresas públicas** são formadas com capital totalmente público. Não é necessário que o capital pertença a uma única pessoa política ou administrativa, o que se exige é que o ente político que as instituiu possua a maioria do capital votante. Dessa forma, uma empresa pública federal pode ser formada com capital da União, de algum estado-membro, de autarquias e até mesmo de sociedades de economia mista.

Vale dizer que as sociedades de economia mista possuem a maioria de seu capital público e, portanto, estão sob controle de uma entidade do Poder Público. Logo, não há vedação à participação de capital dessas entidades na composição de uma empresa pública.

Nesse contexto, a Lei 13.303/2016 dispõe que, desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno ou de entidades da administração indireta dos entes federados (art. 3º, parágrafo único).

Vamos dar uma olhada em como isso é exigido em concursos.

**(SEFIN RO - 2018)** João, advogado de um grande escritório, foi incumbido de identificar a natureza jurídica de determinado ente da Administração Pública indireta. Após amplas pesquisas, constatou que a lei autorizou a instituição desse ente, cujo capital somente pode pertencer ao ente federativo instituidor e a outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como a entidades da Administração indireta. À luz da ordem jurídica brasileira, constitucional e infraconstitucional, é correto afirmar que esse ente tem a natureza jurídica de sociedade de economia mista.

**Comentários:**

Se a composição do capital é inteiramente do ente federativo instituidor ou de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração indireta; então a entidade é uma **empresa pública**. Não poderá ser uma sociedade de economia mista, pois esta admite a conjugação de capital público e privado.

**Gabarito: errado.**

## Foro processual para as entidades federais

A última particularidade diz respeito à justiça competente. Segundo o texto constitucional, as causas em que **empresa pública federal** for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente serão processadas e julgadas na **Justiça Federal** (CF, art. 109, I). Quando se tratar de **empresa pública dos estados ou municípios**, a competência será da **Justiça Estadual**.

Por outro lado, **as ações das sociedades de economia mista** (de qualquer ente da Federação), em regra, serão julgadas na **Justiça Estadual (comum)**, conforme dispõe a Súmula 556 do STF: “É competente a **Justiça comum** para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista”.

Contudo, quando a **União intervém** na condição de assistente ou oponente, as causas envolvendo as **sociedades de economia mista** serão **deslocadas para a Justiça Federal**, conforme entendimento apresentado na Súmula 517-STF.<sup>27</sup>

Por fim, as causas que envolvam as **relações de trabalho** entre os empregados públicos e as empresas públicas e sociedades de economia mista, serão de competência da **Justiça do Trabalho**.

**Em resumo:**

- causas envolvendo EP federal: **Justiça Federal**;
- causas envolvendo EP de estado ou município: **Justiça Estadual**;
- causas envolvendo SEM: **Justiça Estadual**;
- causas envolvendo SEM, mas que a União intervenha como assistente ou oponente: **Justiça Federal**.

O quadro a seguir resume as diferenças das empresas públicas e das sociedades de economia mista.



| Dimensões                        | Empresa Pública                           | Sociedade de Economia Mista              |
|----------------------------------|---|--|
| <b>Forma Jurídica</b>            | <b>Qualquer forma</b> admitida em direito | Somente <b>sociedade anônima (S/A)</b> . |
| <b>Capital</b>                   | Totalmente público.                       | Admite capital público e privado,        |
| <b>Foro (entidades federais)</b> | Em regra, tramitam na Justiça Federal.    | Em regra, tramitam na justiça estadual.  |

E, para fechar, vamos resolver mais uma *questãozinha*!

**(TRT CE - 2017) A respeito do regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista federais, julgue o item a seguir: as causas em que as empresas públicas figurarem como autoras serão processadas na justiça comum do estado da Federação onde estiverem sediadas.**

**Comentários:**

<sup>27</sup> **Súmula 517 do STF:** “As sociedades de economia mista só têm foro na **Justiça Federal**, quando a **União** intervém como **assistente ou oponente**”.

As causas em que as empresas públicas figurarem como autoras, réis, assistentes ou oponentes tramitarão, em regra, na **Justiça Federal**. Por outro lado, quando se tratar de sociedade de economia mista federal a tramitação será na justiça comum estadual. Logo, o item está incorreto, pois trocou a entidade.

**Gabarito: errado.**

# FUNDAÇÕES PÚBLICAS

## Conceito

As fundações surgiram no meio privado, em que são definidas como a **personalização de um patrimônio** ao qual é atribuída uma **finalidade social não lucrativa**. Assim, as fundações são conhecidas como um **patrimônio personalizado** destinado a realizar atividades de interesse social, como educação, saúde, pesquisa científica, cultura, etc.

Assim, no meio privado, a fundação resulta de iniciativa de um particular, seja pessoa física ou jurídica, que destaca parte de seu patrimônio e a ele destina uma finalidade de caráter social. A partir do momento em que a fundação é criada, ganhando a personalidade jurídica própria, o particular não mais terá poder sobre ela. Vale dizer, a fundação terá vida própria para gerir os seus bens, desde que mantida a finalidade e legalidade da atividade.

Nesse contexto, José dos Santos Carvalho Filho dispõe que existem três características básicas das fundações:

- a) a figura do instituidor;
- b) o fim social da entidade; e
- c) a ausência de fins lucrativos.

As fundações públicas diferenciam-se das fundações privadas basicamente pela **figura do instituidor** que, naquele caso, se trata de uma pessoa política, que destinará parte do **patrimônio público**. Vale dizer, as fundações públicas são instituídas pelo Estado, que separa uma dotação patrimonial e a ela destina recursos orçamentários para o desempenho de atividade de interesse social.

Ressalta-se, porém, que parte da dotação patrimonial poderá também ser oriunda de particulares, mas no momento da doação o patrimônio passará a ser público. Por exemplo, um município doa um prédio e um particular doa equipamentos para a constituição de um hospital na forma de fundação pública.

Ademais, o DL 200/1967 apresenta a seguinte definição para fundação pública (art. 5º, IV):

**IV - Fundação Pública** - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Essa definição é antiga e não mais se coaduna com a atual disciplina constitucional. A começar que o nosso ordenamento permite que as fundações públicas possuam personalidade jurídica de direito público ou direito privado e elas podem ser criadas diretamente por lei ou, então, receber apenas a autorização em lei para a criação.

Nessa esteira, a Prof.<sup>a</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta a seguinte definição para as fundações públicas:

*[...] pode-se definir a fundação instituída pelo Poder Público como o patrimônio, **total ou parcialmente público**, dotado de personalidade jurídica de direito público ou privado e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado de ordem social, com capacidade de autoadministração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei.*

Dessa forma, podemos resumir as seguintes características das fundações públicas:

- a) dotação patrimonial;
- b) personalidade jurídica própria, pública ou privada;
- c) desempenho de atividade atribuída pelo Estado no âmbito social;
- d) capacidade de autoadministração;
- e) sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração Direta, nos limites estabelecidos em lei.

As fundações públicas compreendem um patrimônio personalizado, afetado a um fim público.

## Natureza jurídica

A Constituição Federal não definiu a natureza jurídica das fundações públicas. No entanto, na redação atual, elas são abordadas juntamente com as empresas públicas e sociedades de economia mista, que recebem apenas autorização legislativa para criação e, por conseguinte, possuem personalidade jurídica de direito privado. Nessa mesma linha, o DL 200/1967 menciona que as fundações públicas possuem personalidade jurídica de **direito privado**.

Entretanto, a jurisprudência e a doutrina admitem a criação de fundações públicas de **direito público ou de direito privado**.

Segundo a doutrina que sustenta as duas possibilidades de natureza jurídica, o Estado pode criar uma fundação e lhe atribuir a natureza **jurídica de direito público**, caso em que terá a natureza de uma

autarquia; ou pode atribuir a natureza jurídica de **direito privado**, situação em que ela será administrada segundo os mesmos moldes das fundações privadas, com as derrogações próprias de direito público (como a exigência de licitação e de concurso público).

A jurisprudência do STJ<sup>1</sup> e do STF também admitem as fundações públicas de direito público ou de direito privado. Nessa linha, vale dar uma olhada no seguinte trecho do RE 101.126/RJ do STF:<sup>2</sup>

*Nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia [...].*

Nessa linha, as fundações públicas de direito público submetem-se ao mesmo regime jurídico das autarquias. É exatamente por isso que alguns doutrinadores chamam as fundações públicas de direito público de **fundações autárquicas ou autarquias fundacionais**.

De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, a diferença entre as fundações públicas de direito público e as autarquias é meramente conceitual. A autarquia é definida como um serviço público personificado, em regra, típico de Estado. A fundação pública de direito público, por sua vez, é um patrimônio público personalizado destinado a uma finalidade específica, usualmente de interesse social. Reforça-se, porém, que o regime jurídico de ambas é, em tudo, idêntico.

Já as fundações públicas de **direito privado** seguirão um **regime jurídico híbrido**, ou seja, serão aplicadas as normas de direito privado, derrogadas em partes pelo regime jurídico de direito público. Alguns exemplos de regras de direito público aplicáveis também às fundações públicas de direito privado são a exigência de concurso público; o dever de licitar; o enquadramento de seus contratos como “contratos administrativos, nos termos da Lei 8.666/1993; etc. Outras regras serão discutidas ao longo da aula.

## Criação e extinção

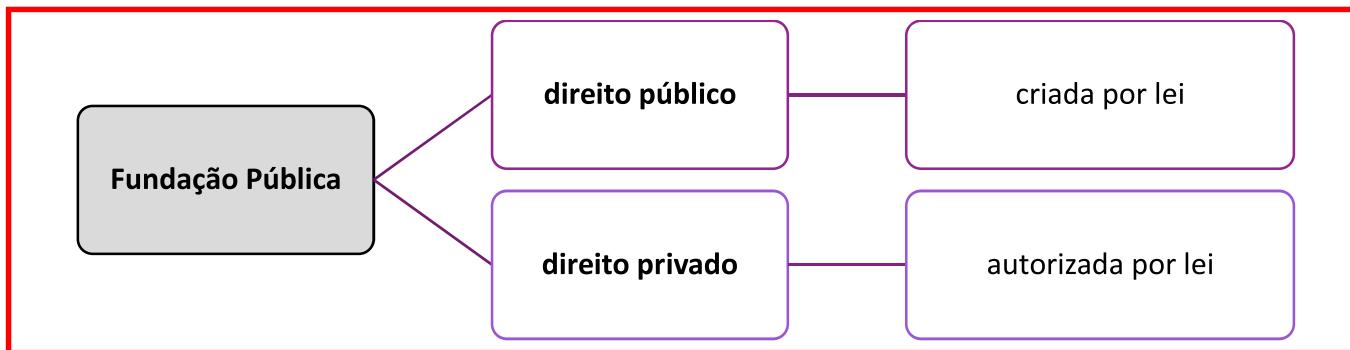
A criação das fundações públicas já foi discutida preliminarmente.

As fundações públicas de **direito público** são efetivamente criadas por lei. Dessa forma, elas ganham a personalidade jurídica no momento da vigência da lei instituidora.

<sup>1</sup> Nesse sentido: REsp 207.767/SP; REsp 480.632/RS.

<sup>2</sup> RE 101.126/RJ; ver também: RE 127.489/DF.

Por outro lado, as fundações públicas de **direito privado** recebem autorização legislativa para criação, mas dependem do registro do ato constitutivo no Registro Civil de Pessoas Jurídicas para que adquiram a personalidade jurídica.



(TRE BA - 2017) As fundações públicas são entidades integrantes da administração indireta, sendo dotadas exclusivamente de personalidade jurídica de direito público.

#### Comentários:

As fundações públicas, conforme analisamos, podem ser de direito público ou de direito privado.

**Gabarito: errado.**

## Atividade

Os fins a que se destinam as fundações públicas devem sempre possuir um caráter social. Com efeito, essas entidades não possuem fins lucrativos e, por conseguinte, seus recursos extras serão sempre aplicados no aprimoramento das finalidades da entidade. Assim, as fundações públicas não podem ser criadas para exploração de atividade econômica em sentido estrito; sendo que, para esse fim, o Estado deverá criar empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Nesse contexto, José dos Santos Carvalho Filho ensina que comumente se destinam as seguintes atividades às fundações públicas:

- assistência social;
- assistência médica e hospitalar;
- educação e ensino;
- pesquisa; e
- atividades culturais.

Um ponto relevante e divergente decorre da interpretação da confusa redação do inc. XIX, art. 37, da CF, que estabelece o seguinte: “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**”.

Dessa forma, deverá ser editada uma “lei complementar” para estabelecer a área de atuação das fundações públicas. Todavia, **como a mencionada lei complementar ainda não foi editada, surgem algumas divergências. Parte da doutrina entende que essa lei complementar deverá definir somente a área de atuação das fundações públicas de direito privado; enquanto a área de atuação das fundações públicas de direito público será disciplinada na respectiva lei instituidora.**

Os argumentos são consistentes, uma vez que as fundações públicas de **direito público** poderiam ser criadas para atividades diferentes daquelas mencionadas acima, **podendo desempenhar atividades típicas de Estado, inclusive relacionadas com o poder de polícia.**

Assim, **as fundações públicas de direito público desenvolveriam as atividades previstas em sua lei instituidora, podendo desempenhar até mesmo atividades típicas de Estado.** Por outro lado, **as fundações públicas de direito privado somente iriam desempenhar atividades não exclusivas de Estado, como saúde, assistência social, cultura, pesquisa, desporto, etc.**

Apesar de existirem posicionamentos diferentes, parece que o entendimento apresentado acima é o que será adotado pelo legislador. Nesse contexto, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar 92/2007<sup>3</sup>, que tem por objetivo dispor sobre as áreas de atuação das fundações públicas. O art. 1º do mencionado projeto permite a instituição ou autorização de instituição de fundação pública com personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, para, *nesse último caso*, desempenhar atividade estatal que **não seja exclusiva de Estado**, nas seguintes áreas: I - saúde; II - assistência social; III - cultura; IV - desporto; V - ciência e tecnologia; VI - meio ambiente; VII - previdência complementar do servidor público, de que trata o art. 40, §§ 14 e 15, da Constituição; VIII - comunicação social; e IX - promoção do turismo nacional.

Parece clara, portanto, a intenção do legislador de dispor somente sobre as atividades das fundações públicas de direito privado. Ressalvamos, **novamente, que se trata somente de um projeto de lei complementar, não sendo ainda uma norma vigente.**

**(DPE AM - 2018) As entidades integrantes da Administração pública possuem diferentes características e contornos jurídicos, muitos atrelados à própria finalidade por elas desempenhada e ao objeto cometido a cada uma. Nesse sentido, as fundações possuem necessariamente personalidade de direito público, não se submetendo às regras do Código Civil.**

**Comentários:**

<sup>3</sup> PLC 92/2007.

As fundações públicas não possuem “necessariamente” personalidade de direito público, pois também podem ser constituídas com direito privado.

**Gabarito: errado.**

## Regime jurídico

### Imunidade tributária

Por força do art. 150, § 2º, da CF, as duas modalidades de fundação públicas (direito público ou direito privado) fazem jus à imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a”, da CF, pois a vedação de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, é extensiva às “**fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público**”.

A imunidade tributária se aplica às fundações públicas de **direito público e de direito privado**.

### Prerrogativas processuais e regime de precatórios

As prerrogativas processuais, a exemplo do **prazo em dobro** para todas as suas manifestações processuais e a sujeição ao **duplo grau de jurisdição obrigatório**, aplicam-se somente às fundações públicas de **direito público**, não alcançando as fundações de **direito privado** (CPC, arts. 183, *caput*, e 496, I).

O **regime de precatórios** para o pagamento de dívidas, em virtude de sentença judiciária, previsto no art. 100 da CF, não se aplica às fundações públicas de **direito privado**, mas se aplicam às fundações públicas de **direito público**.



| Prerrogativa   | Fundação Pública |                 |
|--|------------------|-----------------|
|  | Direito Público  | Direito Privado |
| Imunidade tributária   | Sim              | Sim             |
| Prerrogativas processuais (prazos em dobro para as manifestações e duplo grau de jurisdição) | Sim              | Não             |
| Regime de precatórios  | Sim              | Não             |

## Patrimônio

Os bens do patrimônio das fundações **públicas de direito público** são caracterizados como **bens públicos**, protegidos por todas as prerrogativas que o ordenamento jurídico contempla, como impenhorabilidade, imprescritibilidade e as restrições para alienação.

Por outro lado, **os bens das fundações públicas de direito privado**, em regra, não se enquadram como bens públicos (são bens privados). Entretanto, quando seus bens forem empregados diretamente na prestação de serviços públicos, poderão receber algumas prerrogativas, como a impenhorabilidade, em decorrência do **princípio da continuidade dos serviços públicos**.

## Licitações e contratos

**A Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e de Contratos) aplica-se integralmente às fundações públicas.**

Com efeito, nem a Lei 14.133/2021 nem a Constituição Federal fizeram diferença no que se refere à obrigação de licitar para as fundações públicas de direito público ou de direito privado. Por conseguinte, independentemente da natureza jurídica da fundação pública, ela deverá licitar e contratar na forma prevista na Lei 14.133/2021.

## Regime de pessoal

As fundações públicas de **direito público** aplica-se o mesmo regime jurídico das autarquias, ou seja, o **regime jurídico único**<sup>4</sup>. Por conseguinte, enquanto o regime jurídico único for **estatutário**, os agentes públicos dessas entidades serão considerados **servidores públicos**, ocupantes, portanto, de **cargos públicos**.

A dúvida surge quanto às **fundações públicas de direito privado**. Os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo<sup>5</sup> destacam que a Constituição Federal não fez nenhuma distinção quanto ao regime de pessoal para as fundações públicas de direito público ou de direito privado. Dessa forma, os autores entendem que, mesmo quando de direito privado, o pessoal dessas entidades seguirá o regime jurídico único.

No entanto, José dos Santos Carvalho Filho<sup>6</sup> entende que o regime estatutário é **incompatível** com a natureza de uma entidade de direito privado e, por conseguinte, entende que o pessoal das fundações públicas de direito privado se submete ao regime trabalhista comum, traçado na CLT.

Este último posicionamento vem prevalecendo na legislação, de tal forma que as fundações de direito privado criadas mais recentemente estão adotando **o regime de direito privado (CLT) para os seus empregados públicos**. Por exemplo, a Lei 12.618/2012, que autorizou a criação das fundações públicas de direito privado destinadas a administrar e executar os planos de previdência complementar no âmbito

---

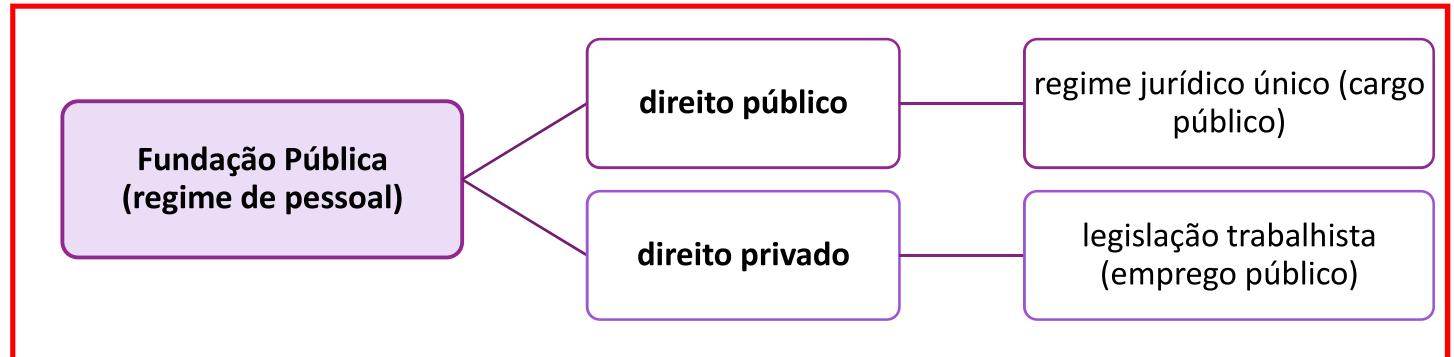
<sup>4</sup> Lembrando que a ADI 2.135/DF declarou inconstitucional, liminarmente, a redação do art. 39, *caput*, da CF, dada pela EC 19/1998, com efeitos *ex nunc*. Dessa forma, a partir da decisão do STF, voltou a vigorar o regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

<sup>5</sup> Alexandrino e Paulo, 2011, p. 61.

<sup>6</sup> Carvalho Filho, 2014, p. 534.

federal (Funpresp-Exe, Jud e Leg), definiu que o regime de pessoas dessas entidades será o da legislação trabalhista.

Em resumo, a melhor interpretação é de que as fundações de direito público adotam o regime de direito público (regime jurídico único), enquanto as fundações de direito privado adotam o regime de direito privado (legislação trabalhista).



Ademais, independentemente do regime jurídico, o fato é que se aplicam aos agentes públicos das fundações as regras constitucionais como a *vedação à acumulação de cargos e empregos públicos* (CF, art. 37, XVII); a necessidade de *prévia aprovação em concurso público* (CF, art. 37, II); o *teto constitucional remuneratório* (CF, art. 37, XI).

## Foro competente

Para as **fundações públicas de direito público** da União, o foro competente será a **Justiça Federal**, seguindo as mesmas regras das autarquias (CF, 109, I)<sup>7</sup>. Para as fundações públicas de direito público **estaduais e municipais**, o foro competente será o da **Justiça Estadual**.

Quanto às **fundações públicas de direito privado**, é bastante divergência sobre o assunto. No âmbito **doutrinário**, entende-se que o foro competente é o da Justiça Estadual. Podemos mencionar como um dos adeptos deste posicionamento o Prof. José dos Santos Carvalho Filho.<sup>8</sup>

Todavia, o posicionamento **jurisprudencial** é diferente. O STJ já entendeu que as “*fundações públicas federais, como entidades de direito privado, são equiparadas as empresas públicas, para os efeitos do artigo 109, I, da Constituição da República*”.<sup>9</sup> Em julgamento posterior, o STJ confirmou este posicionamento no<sup>10</sup>, concluindo que em fundações públicas de direito privado equiparam-se às empresas públicas no que se refere ao juízo competente. Conforme consta no art. 109, I, da Constituição Federal, compete à Justiça Federal processar e julgar as causas envolvendo empresa pública federal.

Dessa forma, ainda que não seja um posicionamento consolidado, podemos afirmar que a **doutrina** entende que o foro competente para processar e julgar as causas envolvendo as **fundações públicas de direito privado federais** é o da **Justiça Estadual**; enquanto a **jurisprudência** entende que o foro é da **Justiça Federal**.

<sup>7</sup> RE 127.489/DF.

<sup>8</sup> Carvalho Filho, 2014, p. 536.

<sup>9</sup> CC 77/DF.

<sup>10</sup> CC 16.397/RJ.