

A CRIAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

I — Os incisos XIX e XX do art. 37, da Constituição Federal

1. Analisemos as disposições dos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal.

1.1. O primeiro dos incisos citados, na sua versão original, tinha o seguinte teor: “XIX. somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública.”

1.1.1. Pela Emenda Constitucional nº 19/98, a redação passou a ser a que se segue: “XIX. 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.”

1.2. O dispositivo do nº XX ostenta o seguinte texto: “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.”

2. O inciso XIX tem por objeto a criação de pessoas jurídico-administrativas, isto é, das entidades da Administração Indireta: (a) de direito público: as autarquias (art. 41, IV, do Código Civil; arts 4º, II, a, e 5º, I, do Decreto-lei nº 200, de 25.06.67); (b) de direito privado: (I) as empresas públicas (arts. 4º, II, b, e 5º, II, do Decreto-lei nº 200/67; e 5º do Decreto-lei nº 900/69); (II) as sociedades de economia mista de primeiro e de segundo grau (art. 4º, II, c, e 5º, do Decreto-lei nº 200/67; e arts. 235 e s. da Lei nº 6.404, de 15.12.76); e (III) as fundações públicas (arts. 4º, II, d, e 5º, IV, e § 3º, do Decreto-lei nº 200/67).

2.1. A empresa pública tem capital exclusivo da pessoa político-federativa cuja Administração ela integra; admitida, porém, uma vez preservada a

maioria do capital votante como pertencente a pessoa de direito constitucional, a participação de outras da mesma natureza, ou de pessoas administrativas de qualquer órbita federativa. Podem assumir qualquer forma admitida em Direito, inclusive Civil, mas sempre com fins econômicos (art. 5º, II, do Decreto-lei nº 200/67 e art. 5º do Decreto-lei nº 900/69).

2.1.1. As sociedades de economia mista são sempre sociedades anônimas (art. 5º, III, do Decreto-lei nº 200/67) e, portanto, empresariais, mercantis (art. 2º, § 2º, da Lei nº 6.404, de 15.12.76) com capital votante pertencente, em sua maioria, ou a pessoa político-federativa ou a entidade da Administração Indireta (arts. 235 a 240 da Lei das Sociedades por Ações).

2.1.2. Nesta segunda hipótese, configura-se a sociedade mista de segundo grau, também integrante da Administração Pública.

2.2. Considerando-se que temos sociedade de economia mista, desde que atendidos os requisitos e pressupostos exigidos pelo inciso XIX do art. 37 da CF e do Decreto-lei 200/67, terá essa natureza a subsidiária criada por lei, sob a forma de sociedade anônima, e uma vez que as ações, com direito a voto ('maioria do capital votante', e não, apenas, 'maioria acionária') pertençam, em sua maioria, a entidade governamental, estabelecida a vinculação com o Ministério ou Secretaria competente e a supervisão desses, e respeitado o princípio da especialidade, quanto a suas finalidades. O ato legal há de dirigir-se, especificamente, à constituição de companhia mista, com fixação dos respectivos fins, objeto e outros elementos básicos.

2.2.1. As companhias mistas de segundo grau são, destarte, tal como suas controladoras, pessoas administrativas, componentes da Administração Indireta.

3. Em nossos 'Comentários à Constituição' (Rio, Freitas Bastos, 1991, 3º: 32), já escrevíamos: "A criação de uma pessoa jurídico-administrativa da Administração Indireta exige a participação do Poder Legislativo que, em alguns casos, cria a pessoa, e, em outros, autoriza a sua criação.

O inciso XIX do art. 37 prescreve que somente por lei específica poderão ser criadas as entidades da administração indireta.

Em verdade, a criação dessas pessoas envolve necessariamente a participação do Poder Legislativo competente, o que se explica, porque a criação dessas acarreta, forçosamente, a alocação de recursos públicos, e as atribuições destinadas a essas pessoas correspondem a um desfalque ou a um acréscimo na competência estatal.

Quando essas pessoas adotam formas já previstas na legislação, com processo de criação já disciplinado legalmente, como é o caso das sociedades de economia mista, que sempre são sociedades anônimas, a lei formal limita-se

a autorizar o Executivo a criar a entidade, criação essa que se dará, por exemplo, por escritura pública etc.

Quando, ao contrário, como no caso das autarquias e de algumas formas de empresas públicas, inexistente processo de criação preestabelecido, a lei cria diretamente a entidade, ou estabelece, para o caso concreto, o respectivo procedimento.”

3.1. Verifica-se que a alteração na dicção do inciso XIX do art. 37 da CF explicitou tal inteligência.

4. O inciso XX do mesmo artigo constitucional abrange, em dois segmentos distintos, os fenômenos jurídicos, respectivamente, de: (a) criação de subsidiárias paradministrativas; e (b) de participação em empresa privada; o primeiro deles, portanto, referente à instituição de subsidiárias de cooperação das entidades da Administração Pública, enumeradas no inciso XIX; e o segundo, pertinente à participação, dessas mesmas entidades, em empresas privadas, sob a modalidade, conforme grifado, do controle societário interno direto.

4.1. Destarte, este último dispositivo, tal como o do inciso XIX, do próprio art. 37, tem, como destinatárias as mesmas pessoas administrativas (‘entidades mencionadas no inciso anterior’); e para exigir, em duas situações, que sua atuação se faça sob prévia autorização legislativa: (a) a criação, pelas pessoas administrativas, de subsidiárias paradministrativas; e (b) a participação, também pelas pessoas administrativas, em empresa privada, sob a referida modalidade.

4.2. A primeira hipótese diz respeito à criação de subsidiárias, paradministrativas.

4.2.1. A Paradministração (o prefixo de origem grega ‘para’ significa ‘proximidade’) é produto da descentralização por cooperação e integrada pelos entes de cooperação ou cooperadores da Administração Pública, que surgem como produto do mencionado processo descentralizador.

4.2.2. É que, não obstante a grande variedade de pessoas administrativas, o Poder Público necessita, dada a complexidade da atividade administrativa, de lançar mão de formas de descentralização, cuja característica é dizer respeito a pessoas e círculos de competência fora da Administração Pública, embora exerçam parcelas da atividade administrativa, no campo da prestação de serviços públicos, do exercício do poder de polícia, e da participação social do poder público.

4.2.3. A Paradministração é conjunto heterogêneo, com regime jurídico variado. Estão seus componentes submetidos a uma forma de tutela, a tutela paradministrativa, que compreende, pelo menos, mecanismos de controle de

legalidade, podendo chegar à intervenção, tudo nos estritos limites legais (art.183 do Decreto-lei 200/67 e Decreto-lei 772, de 29.8.69).

4.2.4. Essa diversificada constelação encontra-se em situação jurídica distinta da dos órgãos e organismos administrativos, de um lado; e dos administrados, de outro.

4.2.5. Os entes paradministrativos exigem, para a sua criação ou transformação, e para definição de seu posicionamento no conjunto de cooperadores da Administração Pública, o ato legislativo. Só por lei poderá haver a diferenciação deles, em face das entidades administrativas e dos entes privados.

4.3. Já a segunda hipótese diz respeito ao fenômeno da participação societária, sob a forma de controle acionário votante, direto, individual, permanente e dominante, das mesmas pessoas jurídicas administrativas em empresas privadas.

5. Uma empresa que, em seu capital, tenha participação estatal ou paraestatal pode criar entidades controladas ou participar de empresas do setor privado, sem que, para tanto, necessite de anterior autorização legislativa, por não ser destinatária da regra do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal.

6. Cite-se um precedente.

6.1. A Petróleo Brasileiro S.A. — Petrobras, sociedade de economia mista de primeiro grau, instituiu, na condição de sua subsidiária integral, uma sociedade de economia mista de segundo grau: a Petrobrás Internacional S.A. — Braspetro, com base no art. 39 da Lei nº 2.004, de 03.10.53, que criou aquela primeira companhia.

6.2. Por seu turno, a Petrobrás Internacional S.A. — Braspetro instituiu, como sua subsidiária integral, a Braspetro Oil Services Company — Brasoil, com sede em West Wind Building North Church e Forth Street, George Town, Grand Cayman, Cayman Island.

6.3. Não é a Brasoil sociedade de economia mista, eis que não criada por lei, não integrando, portanto, a Administração Pública.

6.4. A Brasoil é empresa particular, integrante do setor privado da economia, pessoa jurídica do conjunto dos administrados, fora, por completo, da Administração Pública.

6.5. O vínculo com a acionista controladora é, tão-somente, de Direito Societário, e, portanto, se dá no setor privado da Economia; submetida a entidade criada, por inteiro, ao Direito Empresarial Privado, quer em seus aspectos organizacionais; quer no seu posicionamento sócio-estatal, quer na sua atuação jurídico-econômica, e, assim, na prática de seus negócios jurídicos.

7. Os motivos que respaldam as disposições dos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal são diversificados, e, em nenhum dos casos, meramente formais.

8. A razão de ser da imposição constitucional, constante do inciso XIX, da presença do ato legislativo específico como criador de autarquia tem tríplice aspecto: (a) trata-se de uma pessoa jurídica administrativa, de direito público, para o que inexistente lei geral regulatória do procedimento institutivo; (b) corresponde a um desfalque ou a um enriquecimento na competência estatal; e (c) envolve a alocação de recursos estatais.

8.1. A exigência de autorização legislativa, igualmente por lei específica, para a criação de pessoas administrativas privadas — fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista —, justifica-se, porque se trata de instituição, co-instituição ou constituição de integrantes da Administração Pública; e de forma de intervenção estatal, na ordem social e na ordem econômica (v. art. 173 da CF), o que, por sua vez, já exige ‘definição em lei’ dos ‘imperativos da segurança nacional’ ou da ‘relevância de interesse coletivo’.

8.1.1. O dispositivo constitucional em pauta ainda é mais rígido, eis que impõe a participação do Legislativo, através de lei complementar, no caso das pessoas administrativas privadas, para ‘definir as suas áreas de atuação’, lei essa até hoje não editada.

9. Passando-se à condicionante, contida na 1ª parte do inciso XX, de ‘autorização legislativa, em cada caso’, para a criação de subsidiárias das ‘entidades mencionadas no inciso anterior’, isto é, das pessoas administrativas autárquicas, fundacionais e empresariais, públicas e mistas, verifica-se que essas subsidiárias são entes paradministrativos, posição jurídica permanente, que só a lei pode conferir.

10. Quanto à imposição da mesma condicionante para a ‘participação’ de autarquias, fundações, empresas públicas e mistas ‘em empresa privada’ (2ª parte do inciso XX), a *ratio* está na intervenção econômica, sob a forma de controle societário direto, permanente e dominante, de entidades administrativas no setor econômico privado, no mercado, espaço social da ordem econômica e financeira.

10.1. Reitere-se que, na hipótese, a empresa privada, de que participam entidades administrativas, é do setor privado: não é, nem componente da Administração Pública, nem da Paradministração.

11. É sempre mister gizar que a Administração Indireta e a Paradministração são produtos de processos de descentralização administrativa (respectivamente, descentralização institucional ou por serviços; e aquela por coope-

ração), sendo partes do setor público; enquanto a participação de entes administrativos em empresa privada é hipótese de participação do Estado na ordem econômica privada, no mercado.

11.1. Assim, se a CF exige autorização por lei específica, em cada caso, para a criação de empresas mistas, de primeiro ou de segundo grau; de subsidiárias paradministrativas ou de controle direto de empresa privada, apenas por entes integrantes da Administração Pública, é de se ter essa limitação por taxativa.

11.2. Com efeito, esdrúxulo seria que se exigisse lei, para que uma empresa privada, do setor privado, exercesse o poder legal, que é próprio, e expresso, de seu regime jurídico, de criar controladas. de se coligar, de se associar, com outras empresas. A Lei nº 6.404/76 já contém a necessária previsão legislativa: aliás, mais do que autorização, trata-se da atribuição de um poder jurídico. O mesmo ocorre no regime do Código Civil, por seu art. 1.098, I.

12. Como já visto, a referida Lei das Sociedades por Ações prevê, por um lado, a necessidade de autorização legislativa, para que a companhia mista seja constituída (art. 236); e para que ela participe de outras sociedades (art. 237, § 1º), dispensável 'no exercício de opção legal para aplicar Imposto de Renda em investimento para o desenvolvimento regional ou setorial'; e, igualmente, para que as instituições financeiras de economia mista participem de outras sociedades, observadas as normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil (§ 2º).

12.1. Mas, por outro, estabelece (art. 235, § 2º), que 'as companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo' (Capítulo XIX).

12.1.1. Destarte, têm essas empresas o poder jurígeno de criar controladas e coligadas, de participar de outras sociedades, sem o requisito, de validade, de prévia autorização legislativa específica, exigência restrita às empresas mistas.

13. Em face do exposto, podemos concluir que improcede a argumentação de que, em sede de criação de controladas, de coligações, associações e participações, uma empresa privada em que há a participação estatal, embora mantendo-se privada, tampouco poderia fazer o que sua acionista controladora não pode.

13.1. É que estamos em universos jurídicos inteiramente diversos; em espaços com regimes de direito absolutamente distintos; lidando com conjuntos de pessoas de naturezas jurídicas diferentes.

13.2. No caso das mistas e de suas subsidiárias, é o capital privado que vai ao setor público; no das empresas privadas com participação estatal, é o capital público que vem ao setor privado, submetendo-se, pois, ao regime jurídico desse.

13.3. E, repise-se, o Estado não é um 'Rei Midas' que publicize, ou torne administrativo ou paradministrativo, tudo aquilo de que venha a participar.

14. A propósito do tema, decidiu, de modo específico, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, na ADIn nº 1.649-1-DF (BDA, junho/2001, p. 48 e s.: DJU de 08.09.00), ao indeferir cautelar requerida por partidos políticos.

14.1. No voto do Relator, Ministro Maurício Correa, lê-se: "4. Embora o texto dos incs. XIX e XX do art. 37 da Carta Política Federal refira-se à empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública, para o que interessa ao caso tratarei apenas da segunda.

O conceito de sociedade de economia mista, então disciplinado pelo art. 5º, III, do Decreto-lei nº 200, de 25.2.67, sofreu alteração, no ponto, pelo Decreto-lei nº 900, de 29.9.69, impondo que a sua criação se faça por lei, assuma a forma de sociedade anônima, pertença à União ou à entidade da Administração Pública indireta a maioria das ações, tenha personalidade jurídica de direito privado e explore atividade econômica.

Os dois incisos constitucionais ora em exame são os que permitem a participação do Estado na atividade empresarial. No primeiro deles — inc. XIX — cuidou-se da autorização para criação de sociedades de economia mista, mediante lei específica, e, no seguinte — inc. XX —, da participação dessas empresas mistas em outras privadas, tanto através da criação de subsidiárias quanto pela coligação com as já existentes, sendo que para tal torna-se necessária autorização legislativa. Note-se que o inc. XIX refere-se à sociedade de economia mista cuja criação exige lei específica; no inc. XX a hipótese é de participação das sociedades de economia mista em outras empresas, mas sem transformá-las em empresas mistas. Assim sendo, nem as subsidiárias nem as coligadas, ainda que autorizadas por lei, são sociedades de economia mista. Ora, se o legislador desejasse que se emprestasse à subsidiária a natureza de empresa de economia mista, além de tê-lo de afirmar expressamente em norma específica, teria que buscar amparo no inc. XIX e não no inc. XX porque é o primeiro inciso, e não o seguinte, que disciplina a instituição da sociedade de economia mista.

.....
Daí ter comentado Sergio de Andréa Ferreira que "às empresas paradministrativas se dirige, de modo muito específico, o antes citado art. 37, XX, ao aludir a subsidiárias (designação que, no direito público, abrange as con-

troladas), que são, exatamente, as subsidiárias não mistas, eis que, se sociedades mistas de segundo grau, estariam enquadradas no elenco do art. 37, XIX” (*Comentários à Constituição*, vol. 3 (arts. 37 a 43), Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1991, p. 47).

Constituída a subsidiária dentro do figurino da lei que a autorizou, daí para a frente é o seu estatuto que vai regulamentar a forma de criação de outras subsidiárias ou a sua participação em empresas já existentes, independentemente de qualquer autorização legislativa, aliás como sempre bem ensina Hely Lopes Meirelles, muitas vezes citado na inicial pelos requerentes, ao assentar que ‘tal autorização está implícita na lei que autorizou a criação da entidade e outorgou-lhe os poderes necessários para realizar as atividades, obras ou serviços que constituem os objetivos da organização’ (*Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed., Malheiros, p. 321). Na mesma linha é a opinião de José Cretella Júnior que, ao tratar dessa temática, entende desnecessária autorização específica para a criação de empresas subsidiárias, quando houver previsão para esse fim na lei que criou a empresa de sociedade de economia mista. Ensina ele, respondendo a seguinte indagação: “ora, se for promulgada lei criando qualquer dessas entidades, haverá necessidade de posterior autorização legislativa? Claro que não. A lei criadora é a própria medida autorizadora” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 2ª ed., Forense Universitária, vol. IV, p. 2239).”

14.2. O Ministro Nelson Jobim aduziu: “O disposto no art. 37, inc. XIX, da Constituição, foi exatamente a forma pela qual se criaram restrições para que o Estado pudesse intervir na atividade econômica. Se a atividade econômica, estabelecida no art. 173 da Constituição, era restrita a determinados casos, ou seja, “aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, é que se exigiu lei específica na criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação, principalmente empresa pública de sociedade de economia mista, que é a forma pela qual o Estado intervinha na atividade econômica.

Essa é a razão do dispositivo. É por isso que não se exige lei para excluir ou extinguir uma empresa. Só se exigiu para criar, porque na criação da entidade pública é que se interviria na atividade econômica; para sair da atividade econômica não haveria necessidade.

É evidente que a interpretação do em. Ministro-Relator, no que diz respeito ao inc. XX do art. 37 da Constituição Federal, é absolutamente consistente, ou seja, a dependência de autorização legislativa não é para criação de subsidiárias. Aqui, novamente, vem aquela disputa que se deu em relação à atividade econômica do Estado. A Constituição, nesse lado, tentou

restringir a atividade econômica do Estado, exatamente no ponto em que para se abrirem subsidiárias, que era a forma pela qual aumentaria o espectro, exigia-se uma autorização legislativa, não para intervir ou criar subsidiárias, mas, sim, a autorização genérica em relação ao tema da Lei nº 9.478, com uma forma um pouco distinta.”

14.3. Por seu turno, assim votou o Ministro Carlos Velloso: “Sr. Presidente, a Constituição estabelece no art. 37, inc. XX ... Seria necessária autorização legislativa para criação de subsidiária, uma a uma? Essa é a questão. Respondo pela negativa, na linha do voto do Sr. Ministro-Relator.”

II — Da relação, com a hipótese, do conceito de ‘empresa estatal’

1. Sigamos o caminho do conceito de ‘empresas estatais’, para analisarmos sua relação com a presente questão.

2. Sobre a noção de empresa estatal escrevemos, em parecer que exaramos: “6. Embora, originariamente, sem base legal, difundiram-se duas denominações, que assumiram, de início, matriz regulamentar: ‘empresas estatais’ (com sentido abrangente e atécnico) e ‘entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios’ (com sentido impreciso).”

Foi editado o Decreto nº. 84.128, de 29.10.79, que conferiu amplos poderes, na matéria, ao Ministério do Planejamento, criando, inclusive, para fins de controle, um conceito latíssimo de empresas estatal. Com efeito, dispôs o respectivo art. 2º, com seu parágrafo único: ‘Art. 2º. Consideram-se empresas estatais, para os fins deste Decreto: I. empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e todas as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União; II. autarquias e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público; III. órgãos autônomos da Administração Direta (Decreto-lei nº 200/67, art. 172).’

Parágrafo único. Poderão ser equiparadas às empresas estatais, para efeito do controle governamental de que trata o presente Decreto, as entidades e organizações de direito privado, que recebem contribuições parafiscais ou transferências do Orçamento da União e prestem serviços de interesse público ou social, observado o disposto no art. 183 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no Decreto-lei nº 772, de 19 de agosto de 1969’.

Foi criada a Secretaria de Controle das Empresas Estatais (SEST), como integrante da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, e órgão central do Subsistema de Controle de Recursos e Dispêndios das empresas estatais, do Sistema de Planejamento Federal.

A SEST (art. 4º) passou a coordenar atividades das empresas estatais, acompanhando-lhes a gestão, participando da fixação de preços e tarifas, propondo critérios de reajustamento de remuneração de dirigentes, manifestando-se sobre aumento de capital, etc.

O Decreto nº 137, de 27.05.91, já revogado, instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais (PGE), e dispôs (art. 1º, parágrafo único): “Consideram-se empresas estatais, para fim deste Decreto, as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, e demais entidades sob o controle direto ou indireto da União”.

A finalidade da instituição da PGE foi ‘promover a eficiência e a competitividade das empresas estatais’ (art. 1º), para isso, compatibilizando a gestão das mesmas com a política econômica e o planejamento setorial; bem como ‘promover a modernização das empresas estatais’. Foi prevista a celebração, por essas, com a União, de ‘contratos individuais de gestão’, com o objetivo de ‘aumento de sua eficiência e competitividade’. O art. 2º previu que ao Comitê de Controle das Empresas Estatais (CCE) competiria, dentre outras atribuições, a aprovação de propostas, das empresas estatais, referentes à ‘administração de pessoal’ e a ‘despesa’ com este.

O mesmo conceito de empresa estatal se conteve no art. 1º do Decreto nº 2.673, de 16.07.98, que dispôs sobre o pagamento, pelas mesmas, de dividendo ou juros sobre o capital próprio.

Na Lei nº 10.180, de 06.02.01, que tratou dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, o parágrafo único do art. 7º conceituou: “Consideram-se empresas estatais, para efeito do disposto no inciso VIII, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

O Decreto nº 3.735, de 24.01.01, ao estabelecer diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais, conceituou-as, para seus fins (art. 1º, § 1º) e dispôs sobre as competências do Ministro do Planejamento; da Comissão de Controle e Gestão Fiscal; do Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais.

Verifica-se que o conceito não é de conteúdo unívoco, tanto que, cada diploma legal ou regulamentar varia sua definição, limitada sempre ao respectivo contexto.

O objetivo, muito especialmente em sede de gastos e de eficiência e de produtividade, é de controle administrativo-financeiro, o mais abrangente, a abarcar as diversas espécies de entes focalizados. Mas nada que afete a natu-

reza jurídica da entidade, e, tampouco, seu posicionamento dentro da Administração Pública, ou da Paradministração, ou, então, no setor privado da economia.

A designação 'entidades controladas direta ou indiretamente pela União' ou por outra entidade federativa, recebeu a chancela legal, em termos de licitação, inclusive pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21.06.93, que as submete a seu regime.

Ressalve-se que esse diploma legal foi editado, no período em que, de acordo com a redação original do art. 22, XXVII, da Constituição de 1988, as normas gerais nacionais tinham como destinatárias, não apenas as entidades da Administração Indireta, mas também, 'nas diversas esferas de governo', as 'empresas sob seu controle'. Ocorre que, com a redação do dispositivo dada pela emenda Constitucional nº 19/98, o conjunto de destinatários é composto, tão-somente, na porção empresarial, das empresas públicas e sociedades de economia mista. No tocante às que se dedicam à exploração de atividade econômica, o art. 173, § 1º, III, acrescenta as subsidiárias, mas, como preceitua essa disposição, para submetê-las, em termos de licitações e de contratações, aos 'princípios da administração pública'.

Para o fim específico de extensão da vedação de acumulação de cargos, a CF, no art. 37, XVII, em decorrência da alteração da mesma Emenda Constitucional, passou a abranger, na referida proibição, as 'subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público'.

Conclui-se, portanto, que o atingimento de subsidiárias e empresas controladas, direta ou indiretamente, é sempre específico, tópico, expresso, e com fins, conforme salientado, de controle de gastos, de eficiência, de produtividade, sem transmutação ou de natureza jurídica ou de posicionamento contextual das várias espécies de entidades.

Observe-se, finalmente, que a CF, além das designações empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias, empresas privadas com participação (art. 37, XIX e XX), já abordadas, alude a: entidade de que o Estado participe (art. 5º, LXXIII, para efeito de ação popular); sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal (art. 71, II: controle pelo Tribunal de Contas); entidades controladas pelo poder público (art. 163, III: finanças públicas); empresas controladas pelo poder público (art. 164, § 3º 'idem'); empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto (art. 165, § 5º, IV: orçamento). Todas as referências também com sentido tópico.

Aduzamos que, para os efeitos da Lei Complementar nº 101, de 04.05.00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), duas conceituações são relevantes (art. 216,

II e III): (a) empresa controlada: sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação; (b) empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.

Resumindo, podemos concluir que, sob as designações empresas estatais e controladas direta ou indiretamente pela União, se foram progressivamente estabelecendo tópicos de controle sobre, não só as empresas públicas, mistas e paradministrativas, como alcançando, inclusive, as empresas privadas com participação, antes não atingidas, como defendemos em trabalhos mais antigos, pois que submetidas, tão-somente, ao controle de Direito Societário, e não administrativo.

Houve, porém, a evolução no sentido de abarcar essas empresas privadas com os rótulos em tela e submetê-las a certas formas de controle fiscal e de eficiência.

Mas, reiteramos, isso sem arranhão de natureza jurídica, nem de sua caracterização, nos termos vistos.”

3. Mauro Rodrigues Penteado (‘As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Estatais perante a Constituição de 1988’, Rev. Inf. Leg., 102: 49/68) salienta, analisando os incisos XIX e XX do art. 37 da CF: “Doravante, ao teor dos preceitos constitucionais citados, a criação de sociedades de economia mista e suas subsidiárias, bem como a participação de entidades da Administração Direta ou Indireta em empresas privadas passa a depender de expressa e específica autorização do Poder Legislativo; e as sociedades em que tal participação já existe, à míngua da referida autorização, continuam, como sempre o foram, a constituir sociedades anônimas de direito privado, que não integram a Administração Pública, embora possam, por via reflexa, receber orientações específicas emanadas daquela, desde que obedecido o regime societário comum. São elas — como sempre o foram, reitere-se — apenas sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Ou, na palavra autorizada de Hely Lopes Meirelles, sua natureza é a de “empresa privada, em sentido estrito, simples sociedade anônima, em que pese à participação majoritária em seu capital de ente da Administração Pública”.

“O que dizer-se, então, das chamadas “empresas estatais”? Como sabido, essa categoria é estranha à dogmática jurídica, na medida em que a expressão ‘empresa estatal’ tem pouca ou quase nenhuma tradição na doutrina e jurisprudência, aqui e alhures, sendo recente a sua inserção em nosso direito

positivo. De que trata essa expressão, já que é largamente empregada na imprensa e nos meios não jurídicos, com muita freqüência?

Em termos jurídicos — e é disto que este trabalho trata — ‘empresa estatal’ constitui um conceito operacional, malévola ou inteligentemente introduzido em nosso quadro normativo (conforme a perspectiva do analista, é óbvio), para identificar aqueles organismos, privados ou públicos, que, por força de várias circunstâncias, foram submetidos a intervenção e participação do Poder Público.

Data de 29-10-1979 o Decreto nº 84.128, que, pela primeira vez, abalouçou-se a explicitar a noção de “empresa estatal”. E o fez de modo pragmático, integrando no conceito — com total desprezo a elementares noções jurídicas — órgãos e entidades que, ou não se caracterizam como ‘empresas’, ou não de amoldam ao qualificativo ‘estatal’.

4. A noção de empresa estatal tem, pois, variado através dos tempos, e preenche espaço diverso daqueles até agora analisados, embora forme conjunto interseção com eles.

4.1. É que o sentido e a função do conceito de empresa estatal são específicos, e correm em paralelo com as noções antes estudadas.

4.2. O objeto é, adiantamos, a sujeição a controle de ordem econômico-financeira, controle esse que pode assumir caráter interno, ou externo, conforme passamos a detalhar.

5. Nos termos do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 10.180, de 06.02.01, que organiza os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, o conceito de empresas estatais fixou-se num âmbito mais restrito, a abranger, especificamente, “as empresas públicas, as sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

5.1. Este conjunto abarca as várias espécies que se distribuem pelos elencos oferecidos pelos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal, nos termos antes vistos, mas vai além, na medida em que para os fins econômico-financeiros em foco, alcança outras empresas, que não se subsumem nas espécies albergadas pelos referidos incisos do art. 37.

5.2. A abrangência do grupo coincide com aquele fixado pelo inciso II do § 5º do art. 165 do Texto Maior, e que, para fins de inclusão no orçamento de investimentos, aspecto econômico-financeiro, alcança aqueles “das empresas em que a União direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

5.3. Neste conjunto, além das empresas administrativas, e de suas subsidiárias paradministrativas, enquadram-se empresas com participação, a que se refere a 2ª parte do inciso XX do art. 37 da CF, no sentido exato de empresas privadas controladas diretamente pelas empresas administrativas, e indiretamente pela União, por prescrição legal específica; requisito a que se aduzem o da permanência e o caráter dominante do controle.

5.4. Isso significa que ser empresa estatal, ou seja, estar sujeita a essa forma de controle, que atua internamente, pelos meios societários, ou externamente, não significa, em absoluto, que esteja aquela subsumida nos elencos dos incisos XIX e XX do art. 37 da CF, inclusive para fins de criação de subsidiárias e controladas, e de participação, em geral, em empresas privadas.

6. Quando a CF, em seus arts. 37, XVII e XX, 1ª parte, e 173, § 1º, II, refere-se a subsidiária, está tratando das subsidiárias paradministrativas.

6.1. Alertemos, porém, desde logo, que, no citado art. 37, XVII, há, em adição, a menção a 'sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público', denominação que se repete, ainda que com pequenas nuances, nos arts. 163, I; 164, § 3º, 202, §4º, e no ADCT, em seu art. 81.

6.2. Por seu turno, como acabamos de salientar, o art. 165, § 5º, II, ao cuidar do orçamento de investimentos, o faz abrangente 'das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto', que é a noção que passou a balizar a de empresas estatais, no nível infraconstitucional.

7. Mas existem numerosas formas de participação estatal e paraestatal na membridade, no capital de empresas privadas. Todas essas do setor privado, do mercado, e que recebem diferentes modalidades participativas do capital estatal ou paraestatal, com diversificados reflexos, não na natureza jurídica das entidades, que mantêm incólume sua condição privada, mas de seu relacionamento com os entes político-federativos, ou administrativos ou, ainda, paradministrativos envolvidos. E no título jurídico que embasa esse relacionamento, e outros, como com os Tribunais de Contas; além de influir na incidência, ou não, sobre cada uma dessas chamadas empresas estatais, de determinado regime jurídico, como ocorre em matéria de licitações e contratos, de admissão de pessoal.

8. Pode perceber-se que, no âmbito operacional da noção de empresas estatais, é fundamental a precisão conceitual de controle, em sede (a) de Direito Societário; e (b) de Direito Econômico.

9. A chave para o esclarecimento da questão radica-se na evolução semântica, na Língua Portuguesa, do termo controle (v. Fabio Konder Comparato, *O poder de controle na Sociedade Anônima*, São Paulo, 2ª ed.), o que levou

a que esse vocábulo significasse, não só vigilância, verificação, fiscalização, assim como poder de dominar, regular, ingerir, interferir.

9.1. Ademais, dentro de cada uma dessas vertentes, há trilhas específicas, a envolver vários ramos do Direito.

9.2. Daí a locução ‘empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União’ exigir compreensão de que, quer o controle, quer a qualificação de ‘direta’ e ‘indireta’, encerram em si diferentes significados.

10. Para dar-se um exemplo expressivo, no campo do Direito Administrativo, quanto aos vários sentidos dos vocábulos ‘direta’ e ‘indireta’, cite-se que, em termos de prestação de serviços públicos, aquela a cargo da Administração ‘Indireta’ constitui ‘execução direta’, sendo ‘indireta’ a execução por terceiros — é a terceirização —, como concessionários e permissionários: v. art. 175 da CF; art. 6º, VII e VIII, da Lei nº 8.666, de 21.06.93.

11. Por seu turno, na área jus-administrativa, o controle difere nos vários âmbitos; há diversificadas formas de controle.

12. O controle é um dos princípios fundamentais da atividade administrativa, consoante o elenco do inciso V do art. 6º do Decreto-lei nº 200/67, ao lado do planejamento e da coordenação (nºs I e II).

12.1. Essa principiologia traduz-se na supervisão ministerial (arts. 19 e seguintes) sobre a Administração Direta (art. 25) e Indireta (arts. 26 a 28), com denotação específica para a Administração Empresarial, constituída das empresas públicas e mistas (parágrafo único do art. 27), de modo a, sem perda da consonância de sua atuação com o plano geral de Governo, desfrutarem, essas empresas, das ‘condições de funcionamento idênticas às do setor privado’.

12.2. No tocante às empresas subsidiárias paradministrativas, os poderes de controle, pela Administração Pública, já são diversos, conformando a denominada tutela paradministrativa, já reiteradamente abordada.

12.3. Com referência às empresas privadas com participação estatal ou paraestatal, por continuarem a ser privadas, já não há controle administrativo específico, mas o exercício ordinário do poder de polícia, da regulação econômica (CF, art. 174), além dos poderes inerentes, quando é o caso, ao acionista controlador.

13. O que dá unidade ao conceito de empresa estatal é a sujeição ao controle econômico-financeiro exercitado interna ou externamente. É certo que exercido pela Administração Pública, mas sem o caráter administrativo material, e sim, apenas subjetivamente dessa índole.

14. Lembremos, uma vez mais, que o atual conceito de empresa estatal, dado pela Lei nº 10.180/01, abrange, especificamente, as empresas públicas e

mistas, as respectivas subsidiárias paradministrativas e “demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”, o que abarca, tão-somente, uma parte de todo o universo de empresas e entidades em que há participação *lato sensu*, estatal ou paraestatal.

14.1. São as empresas estatais, que estão enquadradas, na definição do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 10.180/01, que experimentam o controle de ordem político-econômico-financeira, que não se confunde com o controle societário, interno, que traduz a participação de que trata, como vimos, a 2ª parte do inciso XX do art. 37 da CF.

14.2. Tratando-se de controle externo, assume a feição *de iure*, a partir da competência das unidades responsáveis pelas atividades de planejamento, às quais, consoante o disposto no inciso VIII do art. 7º da Lei nº 10.180/01, cabe “estabelecer políticas e diretrizes gerais para a atuação das empresas estatais.”

14.3. A Lei nº 10.683, de 28.05.03, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, atribui ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a “formulação de diretrizes e controle de gestão das empresas estatais” (art. 27, XVII, *h*).

14.4. Nesta moldura, o Anexo ao Decreto nº 4.658, de 21.03.03, que aprovou a Estrutura Regimental do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, também enumera, na competência da Pasta (art. 1º, VIII), a “formulação de diretrizes e controle da gestão das empresas estatais”.

14.5. E, como órgão da Secretaria Executiva, figura o Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais, cujas atribuições evidenciam a natureza desse controle externo: “Art. 6º. Ao Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais compete: I — coordenar a elaboração do Programa de Dispendios Globais e da proposta do orçamento de investimento das empresas estatais, compatibilizando-os com as metas de resultado fixadas para as empresas estatais federais, bem como acompanhar sua execução orçamentária; II — acompanhar o desempenho econômico-financeiro das empresas estatais; III — disponibilizar informações econômico-financeiras sobre as empresas estatais; IV — propor parâmetros e diretrizes para a atuação das empresas estatais, inclusive relativos às políticas salariais e de benefícios e vantagens, bem como para as negociações de acordo ou convenções coletivas de trabalho; V — manifestar-se sobre: a) proposta de aumento de capital de empresas estatais; b) proposta de criação de empresa estatal ou de assunção, pela União ou por empresa estatal, do controle acionário de empresa privada; c) pleitos de empresas estatais referentes a alterações nos estatutos e regula-

mentos das entidades fechadas de previdência privada complementar, bem como nos planos de benefícios; d) contratação de operações de crédito por empresas estatais, inclusive operações de arrendamento mercantil; e) emissão de debêntures, conversíveis ou não em ações, ou quaisquer outros títulos e valores mobiliários de empresa estatal; e f) propostas de empresas estatais relativas a: quantitativo de pessoal próprio; acordo ou convenção coletiva de trabalho; programa de desligamento de empregados; e revisão de planos de cargos e salários, inclusive de tabelas de remuneração de cargos comissionados ou de livre provimento e, ainda, participação dos empregados nos lucros ou resultados das empresas;”

14.6. A alínea *b* do inciso V do citado art. 6º, observe-se, faz distinção entre ‘criação de empresa estatal’ e ‘assunção, pela União, ou por empresa estatal, do controle acionário de empresa privada’.

15. O controle governamental sobre as empresas estatais em nada interfere com a natureza jurídica de cada uma; e não significa que estejam, necessariamente, alcançadas pelo rol de entidades oferecido pelos incisos XIX e XX do art. 37 da CF, albergando, fora desse elenco, as empresas privadas sob controle indireto e sob controle externo da União.

15.1. Tal como no tocante a empresas sob o controle de particulares, múltiplas são as manifestações desse controle, que, no seu todo, é empresarial, envolvendo poderes de fato e poderes de direito.

15.2. Engloba, assim, de um lado, o controle interno (*ab intus*), que lança mão dos mecanismos de poder próprio da estrutura societária, em especial a assembléia geral, sendo a relação entre o acionista controlador (direto ou indireto) e a empresa sob controle, portanto, de Direito Privado Societário, de Direito de Empresa. Os poderes de ingerência do acionista são aqueles próprios da categoria, mantida, sempre, a isonomia com referência às empresas particulares, sob pena de procedimento inconstitucional.

15.3. Presente, também, de outro lado, o controle externo, exercido por fora (*ab extra*), e atingindo, mesmo no campo das pessoas particulares, uma preponderância, ‘uma influência dominante’, que ‘pode ser exercida por meios diversos do voto’. O controlador, mesmo sem ser acionista, ou membro de órgão social, pode exercer poder de dominação *ab extra*. Controle externo esse, que pode ser ‘de fato’, ou de direito.

15.3.1. Disserta Modesto Carvalhosa sobre o controle externo (p. 435/436): “Controle externo é o exercido através de outros meios que não o do exercício do voto. Assim, poderá o controlador externo ser até acionista da companhia; porém, o poder de efetivo comando que nela exerce não decorre do exercício do voto. O poder de domínio sobre a companhia se faz, na

hipótese, por outros fatores, sempre externos, notadamente de caráter contratual, decorrentes de endividamento da sociedade ou originados da intervenção do Estado no domínio econômico.”

15.3.2. Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, São Paulo, Borsoi, 3ª ed., 1984, LI: 196) assinala que ‘o controle pode não ser jurídico, quase sempre é só econômico, ou financeiro’.

15.4. O ‘controle’ que órgãos, como SEST e DEST, têm exercido sobre empresas privadas com participação estatal é externo, de Direito Econômico e Financeiro, porquanto diz respeito aos aspectos da atuação no espaço social econômico, que é o mercado.

15.5. Esse controle, ou é factual, como é ínsito, igualmente, à área empresarial privada; ou enquanto de direito, há-de ser na estrita moldura do legal — e legitimamente — previsto, sendo certo que esse controle externo de iure ainda é societário; ainda é econômico-financeiro, diferindo da supervisão administrativa da Administração Direta sobre a Indireta; e da tutela de ambas sobre os entes de cooperação, da Paradministração.

15.5.1. O controle externo envolve a inclusão no orçamento de investimentos (CF, art. 165, § 5º, II) e no Programa de Dispêndios Globais — PDG (v. Decreto nº 4.988, de 16.02.04, e Anexos I e II).

15.6. Por seu turno, as entidades da Administração Pública, sujeitas à supervisão administrativa, recebem, através dessa, diretrizes e comandos, para, como sócias das empresas com participação, agir dessa ou daquela forma.

16. As empresas estatais privadas não podem, repita-se, ser discriminadas em relação às demais empresas privadas, apenas em razão do controle societário de entidades administrativas. Esse controle não seria fator diferenciador juridicamente hábil como elemento de desigualação, inclusive quanto à natureza e ao âmbito.

17. Em face do exposto, verifica-se que o enquadramento de uma empresa na lista das estatais não a torna destinatária das regras dos incisos XIX e XX do art. 37 da CF, que, em matéria de processo criativo ou participativo de empresas, só impõe a prévia autorização legislativa quando a criação ou participação é por autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista; e, no caso específico da participação, tradutora, ademais, de controle interno votante direto.