

José Silva de Souza Leal

**OS LIMITES DO CONTROLE EXTERNO DA UNIÃO SOBRE
AS EMPRESAS CONTROLADAS DIRETA OU
INDIRETAMENTE POR SOCIEDADES DE ECONOMIA
MISTA**

Trabalho de conclusão do Curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo, ministrado pela Universidade de Brasília em convênio com o Tribunal de Contas da União.

Orientadora: Cláudia Fernanda de Oliveira

Brasília

2006

INTRODUÇÃO

O problema posto sob análise neste trabalho é se, e em que limites, pode ser exercido o controle externo da União sobre as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista.

Pode parecer, em um primeiro relance, pouco pertinente ou inócua a discussão de tal tema, em especial em um momento em que o Estado Nacional Brasileiro movimenta-se celeremente na direção de restringir, até mesmo, na visão de alguns, de abolir a sua participação na esfera da exploração de atividade econômica. Entretanto, a despeito de ser inegável esse movimento, qualquer luz que venha a ser lançada sobre o tema é relevante, em razão das conseqüências que dele advêm.

Na verdade, a retirada do Estado da execução direta de atividades econômicas é fenômeno recente, podendo-se localizar o seu início na chamada “Reforma do Estado”, lançada nos anos 90, sob os auspícios da busca de uma estrutura estatal dita mais moderna e ágil, voltada à realização das atividades essenciais do Estado, deixando a atividade econômica aos seus atores próprios, quais sejam, as empresas privadas.

Na esteira desse redirecionamento da atividade estatal, foi lançado o “Programa de Desestatização”, por meio do qual o Estado passou à iniciativa privada os ativos que possuía em diversas empresas elegíveis ao programa, muitas delas empresas das quais detinha, ou houvera detido, direta ou indiretamente, o seu controle acionário.

Em seguida e em seqüência, produziu-se a onda das “concessões”, por meio das quais os ativos não privatizados pertencentes ao Estado foram cedidos, juntamente com os serviços associados, a empresas ou consórcios de empresas, que passaram a executar os serviços, sob controle das “Agências Reguladoras”.

Mais recentemente foi sancionada lei que instituiu as chamadas parcerias público-privadas – PPP’s, com as quais pretende o Governo não mais vender ou transferir seus ativos à iniciativa privada, mas, em parceria com ela, construir e operar projetos, prioritariamente na área de infra-estrutura, minorando as necessidades de recursos públicos a serem investidos.

Ocorre que, em cada uma dessas “etapas” da retirada do Estado da atividade

econômica, restou boa parte de capitais inquestionavelmente públicos envolvidos no novo “regime”. É o caso das empresas privatizadas, onde é expressiva a participação dos Fundos de Pensão no capital votante, bem assim é expressiva a participação dos mesmos fundos de pensão nas concessões do setor de telefonia.

Agora, nas parcerias público-privadas, mais uma vez ocorre o Estado com a garantia de rentabilidade dos investimentos por meio da criação de um fundo ao qual irão acorrer recursos públicos. Aliás, diga-se de passagem, garantia semelhante já estava presente nas concessões, gerando, inclusive, graves ônus aos usuários, à medida que a garantia da remuneração dos investimentos implica em aumentos de tarifas que superam, em muito, a inflação oficial, e, pior ainda, a realimentam, numa ciranda inflacionária perversa, mas acobertada pela sacralização dos contratos firmados¹.

Como visto, embora aparentemente o Estado venha se retirando da execução direta de atividades econômicas, até em consonância com os ditames constitucionais, que restringem essa participação a situações que envolvam a segurança nacional e relevante interesse coletivo², existem motivos significativos para se considerar que remanesce, mesmo nesses novos regimes a que nos referimos, “interesse público” envolvido, que justifica a necessidade de estabelecer a natureza jurídica aplicável às relações entre as empresas privadas detentoras dos ativos e do direito de exploração de serviços públicos e o Estado.

Nesse sentido, o presente estudo será direcionado exatamente para as situações em que devem ser observados os ditames de ordem pública, ainda que se tenha em mente a natureza de atividade privada das sociedades de economia mista e, em maior grau, o de suas controladas.

Pretende-se também, não deixar de lado a análise da criação de empresas controladas por sociedades de economia mista fora dos trâmites legais³, como forma de “desobediência” ou “desagrilhoamento” das regras de direito público⁴. Para isso, serão

¹ Vide recente matéria disponibilizada no site www.oglobo.com.br, acesso em 17/03/2005, às 14:30h,

² A Constituição Federal de 1988 impõe restrições à exploração de atividade econômica pelo Estado, em razão do Princípio da Livre Iniciativa, nos termos do Art. 173.

³ O trâmite legal para criação de sociedades de economia mista é previsto no inciso XIX do art. 173.

⁴ Pertinente a essa tentativa de “desagrilhoamento” o artigo publicado no Jornal “Correio Brasiliense”, edição de 28/02/2005, sob o título “Petrobrás: Regime de licitações de TCU”, no qual afirma o Consultor Jurídico da presidência da Petrobrás, Paulo Otto Von Sperling: “Fácil perceber que nessa discussão sobre fiscalização

utilizados alguns exemplos advindos da experiência do Tribunal de Contas da União, expressos em alguns julgados que retratam de forma paradigmática essa situação.

O problema da subordinação das empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista às normas de direito público implica em reconhecer que a existência de recursos públicos nela envolvidos, como antes foi defendido, impõe a sua subsunção a regras de direito público, dentre elas a necessidade da sua fiscalização por meio do controle externo.

O cerne do problema a ser discutido neste trabalho é, portanto, se pode ser exercido o controle externo da União sobre as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista, considerando a sua natureza jurídica, o que só é possível ser feito a partir do estabelecimento da natureza jurídica das controladoras, ou seja, das sociedades de economia mista.

A metodologia usada neste trabalho será a da pesquisa bibliográfica, bem como diversos julgados do Tribunal de Contas da União, em que o assunto em tela foi discutido em face a casos concretos postos sob a sua jurisdição, e a julgados do STF.

de contas capitaneada pelo TCU, prejudica-se a Petrobras em sua eficiência, além de transmitir aos investidores e parceiros comerciais a idéia de que a Petrobrás padece do mal da 'dupla personalidade': ora comporta-se como empresa de ponta, ágil, ousada, com planos de investimentos, ora comporta-se como uma empresa que deve prestar contas sob ótica ultrapassada”.

1. A CRIAÇÃO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Uma breve digressão sobre a formação do Estado, feita a partir das teorias contratualistas⁵, leva à constatação de que a criação desse ente político-jurídico visou a assegurar as liberdades e direitos dos cidadãos que livremente firmaram o contrato social.

Embora seja uma simplificação da citada teoria – e, ainda, reconhecendo a existência de outras formulações sobre a origem do Estado e mesmo a evolução da concepção contratualista ao longo do tempo –, ela serve perfeitamente para afirmar que as regras instituídas para a fundação de sociedades de economia mista são uma expressão da limitação ao poder do estado.

As teorias contratualistas fundam a idéia de que a liberdade do indivíduo é um dado anterior ao Estado, portanto é ilimitada em princípio, ao passo que a liberdade do Estado para invadi-la é limitada, também em princípio, “resultando na máxima de que ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que não seja proibido, e ao Estado somente aquilo que é permitido”⁶.

Pode-se, portanto, afirmar que:

[...] nessa perspectiva, o Estado passa a ter competências e atribuições bem delimitadas, sendo que o melhor instrumento para ordenar estes regramentos sobre competências e atribuições – e para assegurar os direitos individuais –, de uma maneira neutra e racional, é a lei... (LEAL, 2003, p. 4).

Ocorre que a lei por excelência para regular o Estado – ou para estabelecer competências – é a Constituição, já que dispõe de um *status* diferenciado, capaz de obrigar a todos os entes políticos.

Nessa ótica:

⁵ O “Dicionário de Política” (BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Brasília: UnB, 9ª ed., 1997, Vol. 1, p. 272), assim define contratualismo: “Em sentido mais amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêm a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas*, *imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político.”

⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como Princípio*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 4. Interessante observar que essa idéia tipicamente contratualista prevalece na Constituição Federal de 1988. É o que a autora chama de “cláusula de não-retrocesso”, ou seja, as idéias inseridas nas primeiras constituições da idade moderna “assinalam um marco inicial intransponível, uma (r)evolução que não permite um retorno ao *status quo ante*, de modo que se pode perceber, daí, a conformação de uma nova ordem, instauradora do conceito moderno de Constituição”.

a Constituição aparece como instrumento de garantia dos direitos de cada cidadão contra o poder arbitrário do Estado, que não deve interferir na esfera privada (representada, eminentemente, pela figura do mercado, um espaço politicamente neutro baseado numa série de relações entre indivíduos livres e independentes e tido como a verdadeira sociedade natural, na qual não deve haver interferências externas – diga-se, estatais) (LEAL, 2003, p. 6) (grifos nossos).

Assim, a Constituição Federal de 1988 permite a intervenção estatal no mercado por meio da exploração direta pelo Estado de atividade econômica, apenas e quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*). Tal restrição decorre do princípio fundante da ordem econômica, insculpido no art. 170 da Carta de 1988, que é o Princípio da Livre Iniciativa.

Assim é que a criação de entidades por meio das quais o Estado irá explorar diretamente qualquer atividade econômica é uma exceção ao princípio supra, a ser expressamente autorizada, nos termos do citado art. 173, § 2º, inciso XIX.

Nesse ponto é relevante destacar que a atividade econômica desenvolvida pelas sociedades de economia mista não configura um serviço público, já que “existirá serviço público apenas quando as atividades (...) envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente os direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 484).

Em verdade, “se houver oferta de utilidades desvinculadas da satisfação de direitos fundamentais, existirá uma atividade econômica em sentido estrito (ou um serviço de interesse coletivo)” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 484).

No entanto (JUSTEN FILHO, 2005, p. 483):

O elenco de serviços públicos reflete determinada concepção política. A Constituição de cada país identifica a disciplina adotada para o serviço público e a atividade econômica.

A instituição de um serviço público depende do reconhecimento jurídico da pertinência daquela atividade para a satisfação dos direitos fundamentais. Costuma-se aludir a **publicatio** ou **publicização** para indicar o ato estatal formal necessário à qualificação de uma atividade como serviço público.

Esse ato de publicização deverá constar de uma lei. A instituição de um serviço público por meio de um ato administrativo é ilegal.

Essa consideração é de extrema relevância porque significa que, na ausência da publicização legislativa, a atividade não é considerada serviço público, presumindo-se sua qualificação como atividade econômica sentido restrito.

Dessa forma, a atividade desempenhada por uma sociedade de economia mista constitui atividade econômica que pode ser concomitantemente desenvolvida por outras empresas de natureza privada. O que torna a atividade daquela sociedade um serviço público é

a “publicização legislativa” da atividade, isto é, a autorização expressa por meio de lei para que seja desenvolvida por um ente estatal especificamente instituído para aquele mister.

Esse é, portanto, o contexto político-jurídico da criação das sociedades de economia mista, a partir do qual é possível tratar da sua natureza jurídica

2 – A NATUREZA JURÍDICA DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

A definição legal das empresas constituídas nos moldes de sociedades de economia mista é dada pelo Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.

A partir da capitulação legal, é possível extrair alguns traços fundamentais que determinam a natureza jurídica das sociedades de economia mista, tais como a personalidade jurídica de direito privado; a constituição sob a forma de sociedades anônimas; a destinação ao exercício de atividade de natureza mercantil; o controle acionário direto da União, ou por intermédio de entidade da Administração Indireta, e sua criação autorizada por lei.

À primeira vista, com base nas características acima elencadas, em especial por ser pessoa jurídica de direito privado e destinando-se à mercancia - o que implica lucro -, poder-se-ia entender que as sociedades de economia mista são equiparáveis às empresas privadas, da mesma forma constituídas e com idêntica finalidade, tendo, portanto a mesma natureza jurídica.

No entanto, existem profundas diferenças entre as empresas constituídas como sociedades de economia mista e as empresas privadas em geral, inclusive aquelas que lhes são concorrentes.

De início, ocorre que as sociedades de economia mista “são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado. O traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em *auxiliares do Poder Público*; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados” (MELLO, 2003, p. 179).

Desse traço inafastável da gênese das sociedades de economia mista decorre que o Estado deve, direta ou indiretamente, deter absoluto controle sobre a sua direção. Nesse sentido o excerto a seguir (MELLO, 2003, p. 179):

porque esta é a impostergável vocação de tais sujeitos, mesmo nas sociedades de economia mista (em que há, pois, concorrência de capitais privados), a lei estabelece que a supremacia acionária votante terá de ser governamental. Com efeito, o que se quer é, precisamente, garantir que seu controle absoluto, que a condução de seus destinos, seja estritamente da alçada do Estado ou de suas criaturas auxiliares, sem que possa repartir decisões, sejam quais forem, sobre qualquer assunto social com particulares.

Portanto, nasce sob o controle acionário do ente político que a instituiu. E o propósito desse controle está relacionado a uma outra característica dessa entidade, qual seja, que suas ações fiquem adstritas às finalidades, públicas por evidente, que inspiraram a sua criação. E é por esse motivo que o Estado não pode se desfazer desse controle.

Porém, a Administração Pública ao instituir as sociedades de economia mista sob a forma de sociedades anônimas, portanto de direito privado, emprestou-lhes maior liberdade de atuação do que teria um ente da Administração Direta no ambiente onde desenvolve as suas atividades – o mercado –, uma vez que nele as relações são, basicamente de direito privado.

No entanto, é evidente que a finalidade pública de sua atividade impõe uma diferença entre a sua natureza jurídica e a das empresas privadas. Quanto a isso a doutrina é unânime. A respeito:

Sendo o interesse público indisponível e sempre predominante sobre o particular, a adoção pura e simples do regime jurídico privado seria inaceitável, porque retiraria das entidades da Administração Indireta determinadas prerrogativas que lhes são reconhecidas precisamente para permitir a consecução de seus fins; do mesmo modo que, ao permitir-lhes atuar com autonomia de vontade, própria do direito privado, suprimir-se-iam as restrições legais que o direito público impõe e que constituem a garantia fundamental da moralidade administrativa e do respeito aos direitos dos administrados. As normas de direito público que derogam parcialmente o direito privado têm por objetivo assegurar o equilíbrio entre a posição de supremacia da Administração e a liberdade de atuação que caracteriza as pessoas jurídicas de direito privado (Di PIETRO, 1998, P.315).

Existem posições ainda mais enfáticas quanto à natureza jurídica das sociedades de economia mista, como se depreende do excerto abaixo (MELLO, 2003, p. 179/180):

É preciso, pois, aturado precató para não incorrer no equívoco de assumir fetichisticamente a personalidade de Direito Privado (como costumava ocorrer no Brasil) das estatais e imaginar que, por força dela, seu regime pode ensejar-lhes uma desenvoltura equivalente à dos sujeitos cujo modelo tipológico inspirou-lhes a criação. Deveras, a personalidade de Direito Privado que as reveste não passa de um expediente técnico cujo préstimo adscrive-se, inevitavelmente, a certos limites, já que não poderia ter o condão de embargar a positividade de certos princípios e normas de Direito Público cujo arredamento comprometeria objetivos celulares do Estado de Direito.

51. O traço nuclear das empresas estatais, isto é, das empresas públicas e sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo insculpido em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certo norte para a inteligência destas pessoas. Conseqüentemente, aí está o critério retor para interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente aplicáveis, pena de converter-se o acidental --

suas personalidades de Direito Privado - em essencial, e o essencial - seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado - em acidental.

Como os objetivos estatais são profundamente distintos dos escopos privados, próprios dos particulares, já que almejam o bem-estar coletivo e não o proveito individual, singular (que é perseguido pelos particulares), compreende-se que exista um abismo profundo entre as entidades que o Estado criou para secundá-lo e as demais pessoas de Direito Privado, das quais se tomou por empréstimo a forma jurídica.

E evidente, portanto, que a natureza jurídica de direito privado, mencionada no Decreto-lei n.º 200/1967 é mero “expediente técnico”, utilizado para adequar a sociedade de economia mista aos ditames da realidade do mercado onde irá atuar e para colocá-la em pé de igualdade das demais empresas privadas que com ela concorrerão. Nesse sentido é importante consignar que a Constituição Federal de 1988 proíbe a concessão de privilégios fiscais às empresas públicas e às sociedades de economia mista não extensivos às empresas do setor privado (art. 173, § 2º).

Tal expediente – dar às sociedades de economia mista a natureza jurídica de direito privado – cumpre diversos objetivos. Dentre eles o acima mencionado, de dar-lhes uma estrutura administrativa análoga à das empresas privadas com as quais irá concorrer. Um outro objetivo é gerir os seus recursos humanos dentro de regras de mercado, isto é, sua mão-de-obra é submetida ao regime da CLT e não estatutário, os salários são os de mercado, a progressão não se sujeita às regras de provimento de cargos públicos.

Importante também é a autonomia de atuação no que respeita a suas atividades finalísticas, sobre a qual não há qualquer interferência do Poder Público. Elas têm plena liberdade de atuação, submetendo-se aos riscos de mercado, sem que lhes seja cobrado qualquer resultado, além daqueles que são estabelecidos pelos mecanismos de gerenciamento interno, correntes nas empresas privadas.

Não obstante, a finalidade pública que as inspira faz com que as normas de direito público derroguem parcialmente as de direito privado, estabelecendo para as sociedades de economia mista uma natureza jurídica híbrida, em que há subsunção a normas do direito público.

É nesse sentido a doutrina abaixo reproduzida (DI PIETRO, 1998, p. 333):

[...] acrescenta-se outra razão de ordem técnico-funcional, ligada à própria origem desse tipo de entidade; ela foi idealizada, dentre outras razões, principalmente por fornecer ao poder público instrumento adequado para o desempenho de atividades de natureza comercial e industrial; foi precisamente a forma de funcionamento e organização das empresas privadas que atraiu o poder

público. Daí a sua personalidade jurídica de direito privado.

Embora elas tenham personalidade dessa natureza, o regime jurídico é híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público. Mas, falando-se em personalidade de direito privado, tem-se a vantagem de destacar o fato de que ficam espancadas quaisquer dúvidas quanto ao direito a elas aplicável: será sempre o direito privado, a não ser que se esteja na presença de norma expressa de direito público.

Essa derrogação parcial do direito comum pelo direito público existe sempre que o poder público se utiliza de institutos de direito privado; no caso das pessoas jurídicas, essa derrogação é de tal forma essencial que, na sua ausência, não haverá sociedade de economia mista, mas apenas participação acionária do Estado.

A derrogação é feita, em grande parte, pela própria Constituição, mas também por leis ordinárias e complementares, quer de caráter genérico, aplicável a todas as entidades, quer de caráter específico, como é a lei que cria a entidade.

Considerando, pois, que as sociedades de economia mista têm natureza jurídica de direito privado, derogada por normas de direito público apenas e quando a Constituição ou as leis assim expressamente dispuserem, é possível relacionar quais seriam tais institutos, dentre os quais destacamos (MELLO, 2003, p. 186/188):

(3) O art. 37, caput, declara submissas aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência a Administração direta, indireta ou fundacional, em todas as esferas e níveis de governo.

(4) O inciso II do mesmo artigo impõe concurso público, de provas ou de provas e títulos, para a admissão em cargos ou empregos na Administração direta ou indireta.

(6) O inciso XIX dispõe que somente por lei específica pode ser autorizada a criação de empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação governamental e criada autarquia.

(7) O inciso XX estatui que depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias de tais pessoas, ou a participação delas em empresas privadas.

(8) O art. 49, X, submete à fiscalização e controle do Congresso Nacional os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta.

(11) O art. 71 e incisos II, III e IV, respectivamente, submetem ao julgamento do Tribunal de Contas as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações e as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público; [...]

Concluindo:

[...] o arrolamento destes vários dispositivos [...] demonstra que o regime das sociedades de economia mista [...], já por força destas normas categoricamente expressas na Constituição, não é o mesmo das empresas privadas em geral. É evidente que os preceptivos mencionados compõem um regime peculiar que não se aplica, nem faria qualquer sentido que se aplicasse, às pessoas de Direito Privado em geral (MELLO, 2003, p. 188).

No entanto, não é pacífica a aceitação por parte dos administradores das empresas tidas como sociedades de economia mista das normas de direito público derogatórias das liberdades com que atuam as empresas puramente privadas. É o que se depreende do excerto abaixo (MELLO, 2003, p. 181):

52. Em despeito destas obviedades, durante largo tempo pretendeu-se que, ressalvadas taxativas disposições legais que lhes impusessem contenções explícitas, estariam em tudo o mais parificadas à generalidade das pessoas de Direito Privado. Calcadas nesta tese errônea, **sociedades de economia mista e empresas públicas declaravam-se, com o beneplácito da doutrina e da jurisprudência (salvo vozes combativas, mas isoladas), livres do dever de licitar**, razão por que os contratos para obras públicas mais vultosos eram travados ao sabor dos dirigentes de tais

empresas ou mediante arremedios de licitação; recursos destas entidades passaram a ser utilizados como válvula para acobertar dispêndios que a Administração Central não tinha como legalmente efetuar, ou mesmo para custear ostensiva propaganda governamental, mediante contratos publicitários de grande expressão econômica; a administração de pessoal, e com salários muito superiores aos vigentes no setor público, efetuava-se com ampla liberdade, sem concursos, transformando-as em "cabides de emprego" para apaniguados; avançados sistemas de aposentadoria e previdência eram, por decisão *interna corporis*, instituídos em prol de seus agentes, em condições muito mais vantajosas do que as do sistema nacional de previdência ou do próprio regime previdenciário do setor público; despesas_exageradas, úteis apenas à comodidade pessoal de seus agentes, eram liberalmente efetuadas, como, *exempli gratia*, suntuosas hospedagens no Exterior, quando de viagens internacionais dos seus dirigentes; sempre sob argüição de serem pessoas de Direito Privado - **até que a legislação explicitamente lhes impusesse sujeição de suas despesas à fiscalização do Tribunal de Contas da União - sustentava-se que estavam livres deste controle**; sob o mesmo fundamento e da correlata liberdade que lhes concerniria, **multiplicaram-se sociedades de economia mista e empresas públicas, umas criando outras, surgindo, destarte, as de chamada segunda e terceira geração, aptas, pois, a prodigalizar os mesmos desmandos**.

Além disto, estas, precisamente pelo fato de não terem sido criadas por lei - pasme-se - eram, por muitos, excluídas da categoria de sociedade de economia mista ou empresa pública e, conseqüentemente, das disposições normativas relativas ao controle que se lhes aplica, sob o argumento de que, segundo o Decreto-lei 200, ditas pessoas da Administração indireta são unicamente as "criadas por lei". Não tendo havido lei criadora, não se lhes poderia sequer assujeitar às regras decorrentes daquele diploma" (grifos nossos).

Para escapar às regras de direito público que a Constituição e as leis lhes impõem, os dirigentes das empresas estatais alegam, dentre outras coisas, que, atuando no mercado em igualdade de competição com empresas privadas, que não têm as "amarras" que lhes são impostas, perdem agilidade e, por conseqüência, competitividade⁷.

Para arrematar demonstrando, de uma forma cabal, a submissão das entidades da Administração Indireta a normas de direito público, é de se destacar que a mais recente Emenda Constitucional, a de número 45, alterou o artigo 102, § 2º, da Lei Maior, para incluir, expressamente, essas entidades entre aquelas sobre as quais as decisões definitivas de mérito em ADIN e ADECON produzem efeito vinculante. Da mesma forma, o dispositivo que instituiu a chamada "súmula vinculante" estende o seu efeito à Administração Indireta.

3 – A NATUREZA JURÍDICA DAS EMPRESAS CONTROLADAS DIRETA OU INDIRETAMENTE POR SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Concluindo-se por ser a natureza jurídica das sociedades de economia mista uma forma híbrida de direito privado derogada, em diversas situações, por normas de direito público, em razão de expressa disposição, em regra, constitucional, mas também por normas

⁷ Ver nota 4

infra-constitucionais, vai-se perquirir qual seria, então, a natureza jurídica das empresas controladas, direta ou indiretamente por aquelas sociedades.

Antes, porém, alguns comentários sobre o que seja o controle direto e indireto.

O controle de empresa constituída sob a forma de sociedade anônima dá-se quando uma pessoa, física ou jurídica, detém a maioria das ações com direito a voto daquela empresa, de tal sorte que pode fazer prevalecer a sua vontade nas decisões por ela tomadas. O controle acionário, portanto, representa ter a direção da empresa.

Ressalte-se que o controle acionário não é tão simples de determinar quanto pode, à primeira vista, parecer. Os acordos entre acionistas, a cadeia de participações em diversas empresas que, por sua vez, detêm participações individualmente minoritárias em uma terceira empresa, mas que acabam, por conjugação dessas participações, detendo a maioria das ações votantes e, por conseqüência, controlando-a, torna a determinação do controle acionário algo extremamente complexo.

No entanto, esse é um assunto que refoge à seara do Direito Administrativo e, por questões metodológicas, vai-se ater à situação em que se pressupõe estar caracterizado o controle da sociedade de economia mista sobre terceira empresa.

Esse controle pode ser direto ou indireto, ficando caracterizado o controle direto quando a sociedade de economia mista detém, em seu nome, percentual das ações com direito a voto que lhe confira o controle acionário, e indireto, quando as ações com direito a voto são detidas por uma terceira empresa, ou por mais de uma, da qual, ou das quais, a sociedade de economia mista detenha o controle acionário.

Exemplificando, o controle direto é quando a Sociedade de Economia Mista “A” detém, em seu nome, um percentual de ações com direito a voto da Empresa “B” que lhe permita ter a direção desta. Já o controle indireto é quando a Empresa “B” detém, em seu nome, percentual de ações com direito a voto que lhe permita ter a direção da Empresa “C”, o que, indiretamente, coloca a Empresa “A” no controle da Empresa “C”.

É importante frisar que, muito embora o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, estabeleça que Sociedade de Economia Mista é sociedade anônima, cujas ações com

direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração Indireta (art. 5º, inciso III), na verdade o controle acionário pode se configurar ainda que a União ou a sociedade de economia mista não detenha a maioria das ações com direito a voto, mas percentual que lhe dê a maioria acionária.

Em síntese, o controle direto ou indireto permite que a sociedade de economia mista detenha o comando da empresa controlada. O busfílis é estabelecer a natureza jurídica dessas controladas.

Inegavelmente, se há recursos públicos nessas controladas e se qualquer iniciativa estatal visa a uma finalidade, necessária e obrigatoriamente, pública, sua natureza jurídica, de forma análoga à das sociedades de economia mista, não pode ser estritamente de direito privado.

Nesse sentir, destacam-se inúmeras decisões do Tribunal de Contas da União, dentre elas o Acórdão 576/2005 da 1ª Câmara, que tratou de Recurso de Reconsideração da Companhia de Promoção Agrícola – CPA/Campo contra o Acórdão 695/2002 da mesma 1ª Câmara, em cujo Voto, proferido pelo Ministro Marcos Vinícios Vilaça assim ficou consignado:

9. Não existem dúvidas, consoante já esclarecido pela unidade técnica, de que a empresa não pode ser enquadrada como autarquia, empresa ou fundação pública. **Restaria apenas a figura de sociedade de economia mista. Faz-se ausente, entretanto, lei autorizativa para sua constituição, condição essencial para a existência de toda empresa dessa natureza.**

10. Esse obstáculo, apesar de se revelar como vício de ilegalidade na origem da entidade, não tem, por si só, o condão de remover a competência desta Corte de Contas para exercer a plena fiscalização de seus atos, **nem exclui a empresa da incidência dos institutos do Direito Administrativo**, consoante sólida jurisprudência desta Casa (Acórdãos 281/2001, 694/2002, 593/2003, 2.224/2004 – todos desta Primeira Câmara).

11. Nesse contexto, **a competência desta Corte em relação à empresa pode ser determinada por meio da regra presente no art. 2º do Decreto nº 84.129/79, que define como empresa estatal qualquer empresa controlada direta ou indiretamente pela União.**

12. Como, no exercício em exame, a União, por meio do Banco Nacional de Crédito Cooperativo S/A – BNCC e outras empresas públicas, era a acionista principal da Brasagro que, por seu turno, detinha 51% das ações da CPA/Campo, configura-se o controle indireto da União sobre esta empresa, podendo ser classificada como empresa estatal submetida ao controle deste Tribunal (grifos nossos).

Parece, pois, ser unânime a doutrina e a jurisprudência da Corte de Contas Federal no sentido de que as empresas de que o Estado tenha o controle acionário, ainda que indireto, têm o traço comum com as sociedades de economia mista, qual seja, a derrogação parcial do direito privado por normas de direito público.

Isso significa que a questão primordial a que se propõe este trabalho fica resolvida, no sentido de que as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista têm a mesma natureza jurídica das controladoras, qual seja, um regime de direito privado derogado por normas de direito público expressamente definidas na Constituição Federal ou em dispositivos infra-constitucionais.

Relevante ressaltar que não importa como o Estado veio a assumir o controle acionário da empresa. Assim, mesmo empresas que nascem sem a participação estatal, portanto submetidas ao regime estritamente de direito privado, se vierem a ser controladas pelo Estado, transmutam a sua natureza jurídica, passando a se submeter às regras derogatórias do regime essencialmente privado, para assumirem uma natureza jurídica híbrida de direito público.

Tal transmutação de natureza jurídica estritamente privada para híbrida de direito público é emblematicamente exemplificada na notícia divulgada no informativo do Supremo Tribunal Federal abaixo transcrita⁸, em que o Ministro-Relator do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança vai ao extremo de considerar o hospital privado cujo controle acionário foi adquirido pelo INSS como sendo uma sociedade de economia mista:

Na espécie, o recorrente exercia três cargos de médico em três diferentes instituições: o INSS, o Hospital de Pronto Socorro (vinculado à Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul) e o Hospital Cristo Redentor.

O INSS, em processo administrativo instaurado contra o recorrente, entendera, com base no art. 132, XII, da Lei 8.112/90, que **acumulação dos aludidos cargos seria indevida a partir da vigência do Decreto 2.923/99, que vinculava o último hospital à Administração Pública**, ressaltando, outrossim, a má-fé do servidor em não atender a determinação anterior da autarquia no sentido de que o mesmo optasse por dois dos cargos.

Alegava o recorrente que essa terceira instituição hospitalar não poderia ser considerada sociedade de economia mista, em razão de não ter sido criada por lei nem ser controlada pela União, conforme exigência do inciso XIX do art. 37 da CF, com a redação dada pela EC 19198, não havendo que se falar em enquadramento nas hipóteses previstas como geradoras de acúmulo indevido de cargos (CF, art. 37, XVII). Sustentava, ainda, a ausência de comprovação da má-fé.

Ressaltou-se, inicialmente, que **a União, por força do Decreto 75.403/75, assumiu o controle societário do Hospital Cristo Redentor S/A, cuja participação no capital social, posteriormente, foi reduzida pelo Decreto 75.457/75 para 51 % do total.**

Salientando-se que a expressão "sociedade de economia mista" é termo de conceitos jurídicos distintos, fez-se um comparativo entre diversas disposições legais existentes acerca da mesma no Decreto-lei 200/67, que definiu sociedade de economia mista e exigiu lei para sua criação, na Lei 6.404/76, que permitiu que a sua constituição se desse por mera autorização legislativa e, na Lei 6.264/75, que definiu sociedade de economia mista como aquela sob o controle governamental.

Asseverou-se, assim, que, **para não frustrar as finalidades de vários preceitos constitucionais (v.g., arts. 37, XVI e XVII; 54, I e 11), dever-se-ia conceber o conceito de sociedade de**

⁸ Transcreve-se o informativo uma vez que a busca no *site* do STF indica que ainda não foi publicado o Acórdão no RMS 24.249/DF, Relator Ministro Eros Grau, em 14/09/2004.

economia mista em termos amplos, considerando-se como tal aquela, anônima ou não, sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de ter sido ou não criada por lei, razão pela qual, para aplicação dos efeitos do inciso XVI do art. 37 da CF, o Hospital Cristo Redentor S/A deveria ser incluído nessa definição. RMS 24249/DF, reI. Min. Eros Grau. 14.9.2004. (RMS-24249) (grifos nossos).

Ainda que não esteja inserido no tema deste trabalho, a decisão acima referenciada considera que a empresa que venha a ser adquirida pelo Estado, passando a ter o seu controle acionário, é sociedade de economia mista. Isto é, afastou a autorização de lei para a sua criação como pressuposto para a sociedade anônima sob controle estatal ser caracterizada como sociedades de economia mista.

A conclusão inequívoca a que se chega é que as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista têm a mesma natureza jurídica destas, portanto, de direito privado derogado por normas de direito público expressamente definidas na Constituição Federal ou em dispositivos infra-constitucionais, como os arrolados no excerto de Bandeira de Mello supra transcrito.

4 – O CONTROLE EXTERNO DA UNIÃO SOBRE AS EMPRESAS CONTROLADAS DIRETA OU INDIRETAMENTE POR SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Reza o artigo 70 da Constituição Federal de 1988 que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, será exercida pelo Congresso Nacional mediante controle externo. Por sua vez, o artigo 71 atribui ao Tribunal de Contas da União o exercício do controle externo, que compreende, entre outras competências, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da **administração direta e indireta**

Não resta dúvida, portanto, que as sociedades de economia mista estão submetidas ao controle externo a cargo do Tribunal de Contas da União. Da mesma forma, em razão da conclusão supra, as empresas controladas direta ou indiretamente por essas entidades, também estão submetidas ao mesmo controle externo.

Não é outro o entendimento que tem prevalecido nos julgados do Tribunal de Contas da União. O excerto do Voto condutor do Acórdão 1.335/2004 – TCU - Plenário, abaixo reproduzido, deixa assente esse entendimento de forma cristalina:

26. O regime militar reestruturou a administração pública, prezando pela desconcentração na administração direta, e pela descentralização, expandindo a administração indireta, tanto para agir em setores considerados públicos, quanto para realizar intervenção na economia. Em termos legislativos, essa reformulação foi efetivada por meio do Decreto-Lei nº 200/1967.

27. Entretanto, **houve uma proliferação das chamadas estatais, que compunham a administração indireta.** A Constituição Federal de 1988, com o intuito de coibir abusos pretéritos, estabeleceu a necessidade de lei específica para a criação ou autorização para criação de entes da administração pública indireta. [...]

29. **Interpretar gramaticalmente os mencionados dispositivos constitucionais, chegando-se à equivocada conclusão de que uma subsidiária, cuja criação não foi autorizada por lei, porque no momento da sua criação não havia tal exigência, poderia criar outras subsidiárias ou livremente participar do capital de empresas privadas, significa atribuir um “cheque em branco” a essas entidades, ou seja, desnatura a intenção restritiva da atuação estatal na economia estabelecida pelo legislador constituinte originário.**

30. Outro fator de grande importância reside na possibilidade de afastamento do controle do Congresso Nacional, que teria sua competência esvaída, diante da desnecessidade dos representantes do povo decidirem se seria pertinente a participação do Estado, por meio de ente descentralizado, em atividade econômica. O Congresso Nacional teria furtada a sua competência de verificar se os requisitos do art. 173 da CF/88, relevante interesse público ou segurança nacional, foram atendidos.

31. **O fato de a subsidiária não ter sido criada por lei não traduz nenhum óbice ao presente raciocínio, é um ente estatal, pertencente à administração indireta, e a criação de outros entes vinculados a essa subsidiária representa, se não for submetida ao crivo do Congresso Nacional, expansão do Estado à revelia das normas constitucionais.**

32. **Raciocinar *contrario sensu* significaria anular a intenção do legislador constituinte e tornar sem efeito os incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal.** (grifos nossos).

Afastadas quaisquer dúvidas a respeito de serem as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista submetidas ao controle externo, restaria apenas uma questão subsidiária quanto à existência de uma “graduação”, ou uma mitigação desse controle, em razão de um caráter mais privado que essas empresas teriam em relação às controladoras.

Pode-se refutar, de plano, qualquer diferenciação quanto ao alcance do controle externo a ser exercido sobre as sociedades de economia mista e as suas controladas. Ocorre que elas têm, como visto, a mesma natureza jurídica de direito privado derogado por normas de direito público, entre elas a subsunção ao controle externo. Assim, não há que se admitir qualquer possibilidade de não incidência ou mesmo limitação dessas normas de direito público às controladas, motivo pelo qual o controle externo da União sobre as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista é de igual natureza ao aplicável a essas sociedades, nos exatos termos do estabelecido no artigo 70 da Constituição Federal de 1988.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 9ª ed. Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como Princípio*. Barueri (São Paulo): Manole, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília (DF):Senado Federal, 2004.