

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 145 • Setembro 2012



**CÁRMEN LÚCIA, UMA MINISTRA
A FRENTE DO SEU TEMPO**

Editorial: É ela...



As empresas estatais e o controle societário do Estado

Beatriz Calero Garriga Pires | Advogada

1. O conceito de empresas estatais

A expressão **empresa estatal** não possui um conceito legal genericamente formulado no âmbito da organização da Administração federal, como as expressões **empresa pública** e **sociedade de economia mista** receberam do Decreto-lei nº 200/1967 (DL 200). A Constituição Federal a ela se refere, e no plural – **empresas estatais** – no parágrafo 1º, do art. 177, conforme a redação dada pela Emenda Constitucional nº 9/1995, para designar aquelas empresas com as quais a União pode contratar as atividades integrantes da indústria do petróleo, ao lado das empresas privadas¹.

O conceito foi introduzido em nosso direito pelo Decreto nº 84.128/1979² que dispunha sobre o controle de recursos e dispêndios de empresas estatais e assim as considerou: (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 (DL 200, art. 172); e (iv) por equiparação, “as entidades e organizações de direito privado, que recebam contribuições parafiscais ou transferências do Orçamento da União e prestem serviços de interesse público ou social” (art. 2º, parágrafo único).

Atualmente, o termo é utilizado, no âmbito infra-constitucional, nas normas que regulam a organização interna do Poder Executivo, como o Decreto nº 3.735/2001, que estabelece diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais e as define como as “empresas públicas, 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”. Posteriormente, o Poder Executivo editou o Decreto nº 6.021/2007, que cria a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União – CGPAR, no qual a expressão ‘empresas estatais federais’ é tomada pelo conjunto de “empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais sociedades em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

A doutrina, por sua vez, manifesta-se de forma majoritária³ no sentido de que a expressão **empresa estatal** designa determinadas entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado (Eros Grau, 1984, pg. 36, reconhece haver sinonímia entre as expressões **empresa sob controle do Estado** e **empresa estatal**), porém não há consenso a respeito da correspondência ou não a todas as sociedades exploradoras de atividade econômica em sentido amplo, ou seja, incluindo-se as prestadoras de serviço público, ou se abrange somente as que se dedicam à atividade econômica em sentido restrito.

Também é objeto de controvérsia se o termo abrange igualmente as fundações públicas. Diogo Figueiredo Moreira Neto (2006, pg. 265) afirma que as fundações públicas integram a noção de empresa estatal, posição que parece ser compartilhada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, pg. 412), para quem a expressão **empresa estatal** ou **governamental** corresponde a todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte.

Eros Grau (1981, pg. 102) ensina que **empresa estatal** é noção ampla, “que engloba não apenas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas também as demais que – embora controladas pelo Estado e por isso estatais – como aquelas não se confundem”. Para o autor, portanto, o que define a qualificação de empresa estatal é o seu controle pelo Poder Público.

Adotando o mesmo critério, Marcos Juruena Villela Souto (2003, pg. 67) escreve que a expressão **empresas estatais** constitui um conceito econômico amplo no qual estão reunidas não só as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e controladas, mas

também “outras sociedades nas quais o Estado tenha participação no quadro social e, em razão da origem pública dos recursos a elas destinados, podem sofrer alguma espécie de controle governamental”. Para o autor, existem três tipos de empresas estatais⁴, no que concerne ao controle acionário:

I – as empresas públicas e sociedades de economia mista, denominadas pelo autor como **de primeiro grau**, criadas por autorização legislativa específica, diretamente pela entidade da Administração direta, tendo por fundamento o inc. XIX, do art. 37, da Constituição Federal;

II – as denominadas pelo autor como **sociedades de economia mista de segundo grau**, ou seja, as subsidiárias e controladas das descritas no parágrafo acima, cuja criação é ato decorrente do direito societário, com prévia autorização legislativa, porém, genérica e com fundamento no inc. XX, do art. 37; e

III – as controladas por entidades da administração pública, criadas sem autorização legislativa, que, por ausência de autorização legal, específica ou genérica, não seriam fenômeno da espécie ‘descentralização estatal’.

Atualmente, a gestão das empresas estatais federais é coordenada pelo Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais – DEST, órgão da estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme o Decreto nº 7.675/2012⁵. A competência do DEST sobre as empresas estatais é definida em função do conceito que a expressão recebe no já citado Decreto nº 3.735/2001.

2. O controle societário estatal

O controle societário não decorre necessariamente da posição dominante no capital votante de uma sociedade e, por outro lado, esta posição dominante não leva, necessariamente, à titularidade do controle societário. À luz do direito privado, a noção de controle transcende a mera participação acionária e se fixa na efetiva direção da atividade social, por meio da indicação da maioria dos administradores da sociedade e da preponderância nas deliberações dos sócios, que constituem os critérios orgânicos estabelecidos pela Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.) e reproduzidos pelo atual Código Civil.

Por sua vez, as empresas estatais se caracterizam por estarem sob o controle direto ou indireto do Estado. A controvérsia surge quando se indaga se, para fins de caracterização do controle estatal, devem ser utilizados os critérios orgânicos da legislação privada ou exclusivamente o critério objetivo da maioria do capital votante da sociedade.

No que tange ao controle societário nas empresas públicas e sociedades de economia mista, o DL 200 descreveu o controle a ser detido pelo Estado como

sendo, respectivamente, do **capital exclusivo** da União (inc. II, art. 5º) e da **maioria das ações com direito a voto** (inc. III, art. 5º). Particularmente, em relação às empresas públicas, o DL 900, ao facultar a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno e de entidades da Administração indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios em seu capital, determina que a **maioria do capital votante** permaneça de propriedade da União (art. 5º).

Já, para as sociedades de economia mista, o critério adotado foi o da maioria absoluta do capital social votante da companhia, ou seja, o **controle majoritário**, absoluto. Em que pese alguns autores defenderem a possibilidade de existência de uma sociedade de economia mista na qual a participação estatal no capital votante seja minoritária (ARAGÃO, 2009, pg. 44), mesmo que o acionista estatal seja considerado controlador à luz da lei acionária, entendemos não ser tal hipótese possível face às disposições do DL 200. A referência a essas sociedades como **sociedades de economia mista** é adequada apenas se considerarmos tal expressão em seu sentido amplo, abrangendo todas as sociedades nas quais há conjugação de capitais públicos e privados – aí incluídas também as sociedades de economia mista específicas do DL 200 – assumindo o sentido **empresas mistas**.

Desta forma, não seria possível a existência de sociedade de economia mista, mesmo figurando o Estado na qualidade de controlador à luz da legislação privada, se o controle estatal fundar-se em classes de ações ordinárias, vantagens políticas ou acordo de acionistas. Considerando que a criação de sociedade de economia mista necessita de lei autorizadora, norma hierarquicamente superior ao DL 200, poder-se-ia alegar, em tese, ser possível a lei criar uma sociedade de economia mista, na qual o Estado não detenha a titularidade da maioria do capital votante, mas que seu controle decorra de instrumentos estatutários ou contratuais de organização do controle⁶.

Mas tal hipótese é refutada pela maior parte da doutrina que exige, para a caracterização da sociedade de economia mista, a propriedade pelo Estado da maioria das ações com direito a voto da companhia, sendo tecnicamente indevido adotar a nomenclatura de sociedade de economia mista para sociedade com participação estatal minoritária (ARAGÃO, 2009, pg. 44). Eros Grau (2001, pg. 348) justifica tal exigência:

A participação majoritária do Estado no capital votante da sociedade de economia mista instrumenta sua supremacia (dele, Estado) na gestão da empresa, gestão empreendida não por razões meramente empresariais, como vimos, mas para dar atendimento aos interesses coerentes com as causas que justificaram sua criação e organização.

A utilização obrigatória da estrutura de sociedade por ações com maioria do capital votante detido pelo Estado permite que a associação de capitais públicos e privados se faça sempre sob o predomínio do ente público acionista, situado num plano distinto dos demais acionistas.(...)

A exigência de que o Estado detenha 51% do capital votante nela se dá a fim de que ele efetivamente detenha a direção da companhia, porque a ele incumbe o dever-poder de assegurar que sua administração e operações se desenvolvam segundo a causa final pressuposta da outorga da autorização legal para a sua criação e organização. Por isto a posição do Estado no quadro de acionistas da sociedade de economia mista há de ser, sempre, a de controlador da companhia.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, pg. 194), as empresas públicas e sociedades de economia mista são instrumentos de ação do Estado, auxiliares do Poder Público, sendo entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados. Por tal razão, a lei estabelece que a supremacia acionária votante terá de ser governamental. O que se quer é precisamente garantir que o seu controle absoluto, que a condução de seus destinos, seja estritamente da alçada do Estado, sem que possa repartir decisões, sejam quais forem, sobre qualquer assunto social com particulares. Walter Douglas Stuber (1982, pg. 18) escreve no mesmo sentido:

A qualificação do controle acionário é de fundamental importância no conceito de sociedade de economia mista. Segundo orientação da doutrina, acatada e traduzida em todas as leis que autorizam a constituição de sociedades de economia mista, o poder público deve deter pelo menos 51% das ações com direito a voto. Este controle permanente está estabelecido institucionalmente na lei federal, estadual ou municipal, que autorize a constituição da companhia considerada.

Estabelecido o critério objetivo da **maioria do capital votante** para a configuração do controle estatal nas sociedades de economia mista e da **integralidade do capital social** para as empresas públicas, passemos à análise do controle nas demais empresas estatais, formadas pelas subsidiárias, controladas e sociedades sob o controle direto ou indireto do Estado. Em relação a essas sociedades, a Constituição Federal, no inciso XX, do art. 37, se limita a subordinar à autorização legislativa a “criação de subsidiárias das sociedades de economia mista e empresas públicas”, assim como a “participação de qualquer delas em empresas privadas”⁷, sem, contudo, definir essas diferentes formas de participação societária e tampouco caracterizar o controle societário para tanto.

O termo **subsidiária** não possui uma definição na legislação societária do ordenamento pátrio. Ele é utilizado somente na expressão **subsidiária integral**, pela Lei das S.A. (art. 151), para designar aquelas companhias que possuem um único acionista, ou seja, cuja totalidade do capital social pertence a uma só sociedade. Porém, de forma genérica, a palavra é comumente utilizada para referir a toda sociedade que se encontra sob o controle de outra, seja este controle integral ou não, caracterizando a **sociedade controlada**⁸. É nesse sentido amplo que devemos tomar o emprego do vocábulo no texto constitucional, como anteriormente referido, pois, caso contrário, estar-se-ia vedando às sociedades de economia mista e empresas públicas constituir empresas controladas em parcerias com sócios minoritários.

Infraconstitucionalmente, é possível verificar a tendência legislativa de caracterizar o controle estatal com base no critério objetivo da maioria do capital social, como a Lei Complementar nº 101/2.000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabelece as normas de finanças públicas e define, para os fins de incidência da própria lei, a expressão **empresa controlada** como a “sociedade cuja maioria

do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação”⁹.

É o caso, também, da Medida Provisória nº 980/95, convertida na Lei Complementar nº 10.101/2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, inclusive, as estatais. Tal diploma, em seu art. 5º, trata da participação dos trabalhadores dessas empresas, que são definidas como as “empresas públicas, 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”.

Recentemente, a Lei nº 12.535/2010, que regula a participação dos empregados das empresas estatais nos conselhos de administração, a elas se refere citando as empresas públicas e 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 critério da maioria do capital social com direito a voto é adotado pela Constituição, no art. 165, § 5º, para definir as empresas cujos orçamentos de investimento integram a lei orçamentária anual. O critério também aparece na

“Como regra geral, somente podemos afirmar pela existência do controle estatal, quando a maioria do capital votante da sociedade investida pertencer ao Estado.”

definição de **servidor**, do Decreto nº 2.355/1987¹⁰, segundo o qual o termo compreende, dentre outros, “os dirigentes, conselheiros e empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias, controladas, coligadas ou quaisquer empresas de cujo capital o poder público tenha o controle direto ou indireto, inclusive em virtude de incorporação ao patrimônio público”.

O próprio Poder Executivo, por meio das normas que baixa a respeito da sua organização interna, adota o mesmo critério da maioria do capital votante da sociedade investida, para definição quanto à inclusão ou não da sociedade no conceito de **empresa estatal**. É o caso do Decreto nº 3.735/2001, que estabelece diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais e as define como as “empresas públicas, 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”; e do Decreto nº 6.021/2007, no qual a expressão **empresas estatais federais** é tomada pelo conjunto de empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais sociedades em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social como direito a voto”.

3. Conclusão

Vemos, portanto, que os textos legais mais recentes¹¹ e as próprias normas de organização interna da Administração pública convergem para a figura da empresa estatal como aquela cujo capital votante é, em sua maioria, detido

direta ou indiretamente por uma pessoa jurídica de direito público. Isto porque somente o controle majoritário confere ao Estado autonomia absoluta de direção e comando sobre a sociedade e segurança jurídica quanto à caracterização do controle estatal, já que o controle minoritário depende da análise da situação fática e pode ser transitório, o que possibilitaria que uma sociedade seja considerada ora estatal ora privada.

Por tais razões, é nosso entendimento que, tanto no plano constitucional quanto no direito administrativo, o controle societário estatal segue critério distinto daqueles genericamente previstos na legislação privada. Como regra geral, somente podemos afirmar pela existência do controle estatal, quando a maioria do capital votante da sociedade investida pertencer ao Estado. Consequentemente, o conceito de **empresa estatal** está atrelado à presença do controle societário estatal. Esta posição também é compartilhada por Carlos Ari Sundfeld (2011, pg. 75), para quem “o conceito de empresa estatal está vinculado à existência de ‘maioria do estado’ no capital votante”.

É sempre possível, entretanto, que, a depender de seu objetivo regulatório, uma norma específica venha a definir o controle estatal, para determinados fins, adotando os critérios orgânicos da Lei das S.A. ou, ainda, a combinação de outros critérios que não o objetivo do controle majoritário, para a definição do controle societário, como explica Floriano Azevedo Marques Neto (2006, pg. 83), ao tratar das normas reguladoras:

No campo regulatório econômico o que se busca é perquirir não o controle de um sócio sobre o outro, mas o controle de um grupo de agentes econômicos (que pode envolver acionistas majoritários e minoritários de uma companhia) em face de toda a sociedade. Daí por que estes subsistemas jurídicos têm de recorrer a outra concepção de controle (que contemple inclusive o controle externo, contratual etc.), produzindo normas próprias e específicas, dotadas de maleabilidade suficiente para enfrentar desafios concretos. E, a nosso ver, nenhuma antijuridicidade existirá em assim proceder.¹²

A adoção do critério objetivo para a caracterização da empresa estatal mostra-se mais adequado especialmente ao considerarmos a realidade das companhias abertas que atuam no mercado de capitais. A utilização dos critérios orgânicos previstos na legislação privada ou outros critérios cuja verificação dependa da análise casuística, por certo geraria significativa insegurança jurídica capaz de influenciar os resultados das sociedades com participação estatal, já que a eventual aplicação do regime jurídico das empresas estatais traz impactos à operação, ao desempenho e, consequentemente, ao valor da sociedade.

Bibliografia

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresa público-privada*. Revista dos Tribunais. vol. 890. p. 33-68. Dezembro/2009.
- CAMARGO, Sérgio Alexandre. *Tipos de estatais*. Direito Administrativo Empresarial. Coordenador Geral: Marcos Juruena Villela Souto. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro/2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *O futuro estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo20.htm>. Acesso em: 03/09/2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. Editora Atlas. São Paulo/2007.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo/1981.
- _____. *Sociedade de economia mista – nulidade de acordo de acionistas que importa em mudança de seu acionista controlador*. Revista de Direito Administrativo. 2001. vol. 222. p. 348-367.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Licitações nas estatais em face da Emenda Constitucional 19, de 1988*. Revista Trimestral de Direito Público. vol. 27. pp. 24-35.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. Direito Administrativo Econômico. Coordenador por Carlos Ari Sundfeld. Malheiros Editores. São Paulo/2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. Malheiros Editores. São Paulo/2010.
- MOREIRA NETO. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Editora Forense. Rio de Janeiro/2006.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. *As empresas estatais e os sistemas de supervisão e controle*. Revista de Direito Mercantil. vol. 45. p. 20-28.
- PINTO JUNIOR, Mário Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. Editora Atlas. São Paulo/2010.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro/2003.
- STUBER, Walter Douglas. *Natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista*. Revista de Direito Administrativo. vol. 150. p. 18-34. Rio de Janeiro. out-dez/1982.
- SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. *Empresas semiestatais*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. vol. 36. p. 75-99. out-dez/2011.

Notas

- ¹ Antes da Emenda Constitucional nº 5/1995, a Carta utilizava a expressão **empresa estatal** no § 2º, do art. 25, ao tratar da exploração pelos Estados dos serviços locais de gás canalizado; porém, com a alteração da redação pela Emenda, a expressão foi eliminada do dispositivo.
- ² Revogado pelo Decreto nº 99.606/1990.
- ³ Por todos: José dos Santos Carvalho Filho (2010) escreve: “São as empresas públicas e sociedades de economia mista pessoas apropriadas para a execução de atividades econômicas, no caso de intervenção do Estado no domínio econômico, ou para a prestação de serviços públicos superavitários, ou seja, aqueles que, em tese, podem propiciar lucratividade em sua utilização pela população usuária do serviço. Por isso é que alguns, na prática, as denominam de empresas estatais ou paraestatais, muito embora seja a expressão bastante duvidosa em termos de exatidão jurídica.”
- ⁴ *op. cit.* p. 76.
- ⁵ A Secretaria de Controle de Empresas Estatais (SEST – órgão que posteriormente se transformaria no DEST) foi criada em 1979 em função da inoperância da supervisão ministerial exercida sobre as empresas estatais. Sua criação demonstra um esforço para concentrar as competências funcionais sobre as empresas estatais em um único órgão governamental, visando a um controle global, com foco no acompanhamento e avaliação do desempenho econômico-financeiro dessas empresas. (cf. PINTO JUNIOR, 2010, pg. 110).
- ⁶ De fato, Mario Engler Pinto Junior observa que, para efeito da Lei das S.A., a configuração da sociedade de economia mista permite que o controle acionário estatal seja tanto majoritário quanto minoritário, não existindo incompatibilidade insuperável entre a figura da sociedade de economia mista e o exercício do controle pelo Estado com apoio em parcela do capital votante inferior à maioria absoluta (2010, pg. 344).
- ⁷ O inc. XX, do art. 37, da Constituição Federal, ao fazer referência às entidades mencionadas no inciso anterior abre a possibilidade de existência de subsidiárias também de autarquias e fundações, e ainda as participações destes entes no capital de empresas privadas. Vemos que o conceito de subsidiária – tanto subsidiária integral quanto controlada – diz respeito à relação entre duas sociedades: a controladora e a controlada. Desta forma, é, no mínimo, atípica a possibilidade de as autarquias e fundações também constituírem subsidiárias, como previsto no citado dispositivo constitucional.
- ⁸ Este trabalho não tem por objeto estabelecer a diferenciação (caso existente) entre **subsidiárias** e **controladas**. A matéria é controvertida especialmente ante a inexistência de definição legal do termo **subsidiária**. Uma corrente entende que quando a lei (sentido genérico) se refere a ‘subsidiárias’, estará ela indicando somente as subsidiárias integrais, definidas pela Lei das S.A. Para fins do presente, podemos adotar a posição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti (pg. 34), também seguida por Alexandre Santos Aragão (2009, pg. 47), segundo a qual o vocábulo **subsidiária** equivale a **sociedade controlada**.
- ⁹ A mesma Lei trouxe novo conceito para este universo, o de ‘empresa estatal dependente’, que corresponde à empresa controlada que recebe “do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal e de custeio em geral ou de capital”, também definindo para fins daquela normatização. Sobre estas empresas dependentes, previstas na LRF, vale citar o entendimento de Sérgio Alexandre Camargo no sentido de que estas empresas estatais, por dependerem de recursos públicos, estariam impossibilitadas de se descentralizar empresarialmente, ou seja, criar subsidiárias integrais e controladas (subsidiárias mistas) (*op. cit.* p. 50-52).
- ¹⁰ O Decreto nº 2.355/1987 estabelece limites de retribuição na Administração pública da União.
- ¹¹ Entretanto, existem textos legais, especialmente os mais antigos, que não evidenciam o critério da maioria do capital social e apenas se referem genericamente às sociedades ou entidades controladas direta ou indiretamente pela União. É o caso da Lei nº 9.292/96, que, ao dispor sobre a remuneração dos membros dos conselhos de administração e fiscal das empresas estatais, se refere, no artigo 1º, às “empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União”.
- ¹² Neste sentido, o autor cita a Resolução ANATEL nº 101, de 4/2/1999 que define ‘controle’ como o “poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa.”