

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

CONTROLES APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PÚBLICO-PRIVADAS

VINICIUS FIGUEIREDO

Rio de Janeiro

2017/01

VINICIUS FIGUEIREDO

CONTROLES APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PÚBLICO-PRIVADAS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Professor Fábio Corrêa Souza de Oliveira**.

Rio de Janeiro

2017/01

CIP - Catalogação na Publicação

F475c Figueiredo, Vinicius
Controles aplicáveis às empresas público-privadas
/ Vinicius Figueiredo. -- Rio de Janeiro, 2017.
78 f.

Orientador: Fábio Corrêa Souza de Oliveira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direito Administrativo. 2. Intervenção do
Estado no domínio econômico. 3. Empresa público
privada. 4. Controle parlamentar. 5. Controle
externo. I. Corrêa Souza de Oliveira, Fábio,
orient. II. Título.

VINICIUS FIGUEIREDO

CONTROLES APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PÚBLICO-PRIVADAS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira**.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/01

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por tudo. Muito obrigado à Anne, meu amor incontrolável, pela paciência e apoio, à minha família, pela forte torcida, e ao Prof. Fábio, pela orientação.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o que Alexandre Santos de Aragão denominou de *empresa público-privada* (EPP), ou seja, a sociedade empresarial de cujo capital o Estado participa minoritariamente sem deter controle societário. Embora o fenômeno seja antigo, somente recentemente a comunidade jurídica e acadêmica tem dedicado atenção a ele. A empresa público-privada, também chamada de semiestatal por alguns administrativistas, é antes de tudo uma manifestação da intervenção do Estado no domínio econômico, motivo pelo qual abordamos alguns aspectos da atuação interventiva do Estado, com foco nas empresas estatais federais. A fim de caracterizar as empresas públicas e sociedades de economia mista, salientamos algumas questões pouco mencionadas pela doutrina no que toca à flexibilidade que a forma empresarial propicia aos governantes. Como a questão fundamental na compreensão desse fenômeno é o conceito de poder de controle, e de que formas ele pode surgir no âmbito de uma sociedade empresarial, sobretudo em uma sociedade anônima, dedicamos atenção a esse tema. Discute-se, assim, até que ponto uma EPP pode ser considerada uma empresa privada, considerando as situações em que a Administração Pública exerce o controle *de facto*. Dissentindo, em grande medida, da doutrina e da jurisprudência que até o momento tratou direta ou indiretamente da participação estatal minoritária em empresas público-privadas, defendemos a necessidade de controles parlamentares e administrativos sobre essas sociedades.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Intervenção do Estado no domínio econômico. Empresa público-privada. Controle parlamentar. Controle externo.

ABSTRACT

This paper examines what Alexandre Santos de Aragão called *public-private company*, i.e., a company where the state holds minority interest without controlling it. Although it's an old practice, only recently has the legal and academic community devoted attention to it. The public-private company, also called *semi state-run company* by some legal academics, is basically an expression of the state's intervention in the economy, which is why we approach some aspects of state interventionism, focusing on federal state-run companies. In order to characterize government-owned companies and mixed-capital companies, we highlight some issues not usually mentioned by the doctrine regarding the flexibility that the business legal form provides to statesmen. As the fundamental question in understanding this phenomenon is the concept of controlling interest, and in what ways it can arise within an enterprise, especially in a corporation, we pay attention to this theme. It is discussed, therefore, the extent to which a public-private company can be considered a private company, considering the situations in which the Public Administration exercises *de facto* control. Dissenting in large part from the doctrine and jurisprudence that has so far directly or indirectly dealt with state minority interest in public-private companies, we have argued for the need for parliamentary and administrative controls over these firms.

Keywords: Administrative law. State's intervention in the economy. Public-private company. Parliamentary control. Administrative control.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA.....	10
2.1. FORMAS DE INTERVENÇÃO.....	11
2.2. EMPRESAS ESTATAIS E PODER DE CONTROLE.....	13
2.2.1. CONTROLE INTERNO.....	14
2.2.2. CONTROLE EXTERNO.....	17
2.2.3. EMPRESA ESTATAL E FLEXIBILIDADE.....	18
2.2.4. A LÓGICA SEMIEMPRESARIAL DAS EMPRESAS ESTATAIS.....	24
3. EMPRESAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	27
4. O CONTROLE PARLAMENTAR DIRETO SOBRE A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS EM EMPRESAS PRIVADAS.....	30
4.1. POSICIONAMENTO DO STF.....	34
4.2. POSICIONAMENTO DA DOCTRINA.....	49
4.3. OBSERVAÇÃO SOBRE OS LIMITES IMPOSTOS PELO ESTATUTO SOCIAL.....	60
4.4. ANÁLISE.....	66
5. O CONTROLE EXTERNO DO TCU SOBRE A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS EM EMPRESAS PRIVADAS.....	68
5.1. POSICIONAMENTO DA DOCTRINA.....	68
5.2. ANÁLISE.....	70
6. CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	75

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho é a chamada *empresa público-privada* (EPP), que é a empresa da qual o Estado, geralmente por meio de suas empresas estatais, participa minoritariamente.

O fenômeno não é novo. Em clássico estudo sobre empresas estatais¹, Bilac Pinto refere-se à *Vereinigte Industrie-Unternehmungen Aktiengesellschaft* (VIAG), sociedade anônima fundada em 1923 em Berlim, com capital de 600 milhões de marcos, tendo o Reich como único acionista. Sua finalidade era a participação em empresas econômicas, o que em muito lembra a atuação da atual BNDESPAR, sociedade de participações do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social constituída na década de 70.

A despeito da antiga prática governamental de atuação no domínio econômico, somente recentemente, a doutrina administrativista tem voltado sua atenção para o fenômeno, com a publicação de artigos e livros específicos sobre a participação minoritária do Estado em empresas, como demonstrado nos tópicos seguintes.

Como se verá, o conceito de controle é fundamental para a classificação da EPP, isto é, de acordo com as diversas definições, empresa-público privada é a sociedade da qual o Estado participa minoritariamente sem, no entanto, controlá-la do ponto de vista acionário. Neste trabalho, buscamos relativizar essas definições, uma vez que o controle estatal pode, sim, exsurgir dessas parcerias entre agentes públicos e privados.

Outro componente das definições pesquisadas é a natureza privada da EPP. Como corolário da consideração anterior, defendemos que a empresa público-privada pode vir a ser considerada uma entidade pública, caso a preponderância estatal em sua gestão seja permanente e efetiva.

Outrossim, há um consenso doutrinário sobre a não obrigatoriedade de essas sociedades não se submeterem ao controle externo do Tribunal de Contas de União e à prestação de

¹ PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, pp. 1-15, jan. 1953. Trata-se de transcrição de conferência pronunciada na Fundação Getúlio Vargas em 1952.

contas. Procuramos demonstrar que, em diversos casos, essa obrigatoriedade deve ser observada na prática, pelo menos parcialmente.

Questão importante sobre a necessidade de autorização legislativa para a criação das EPP também foi abordada. Com base na revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, identificamos elementos que sugerem que a vontade original do constituinte deve ser preservada.

2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

A alegação da existência de falhas de mercado costuma ser apresentada como justificativa para a intervenção do Estado no domínio econômico. De acordo com Gonçalves e Guimarães², as falhas de mercado seriam as seguintes:

- **Externalidades negativas:** alocação ineficiente de recursos na sociedade apesar de eventual equilíbrio de mercado.
- **Recursos sem dono:** a ausência de propriedade de certo bem reduz incentivos para preservá-lo ou provê-lo.
- **Informação assimétrica:** a diferença de informações disponíveis entre compradores e vendedores pode impedir algumas trocas.
- **Poder de mercado:** a competição imperfeita também pode impedir algumas trocas.

Além das razões econômicas expostas, a Constituição apresenta em seu art. 173 duas outras: segurança nacional e relevante interesse coletivo.

Outro argumento também comumente evocado para a intervenção econômica, particularmente aquela que se dá por meio de empresas estatais, é a “teoria dos espaços vazios”, segundo a qual a exploração de determinadas atividades não despertaria o interesse do setor privado, de onde surgiria o dever do Estado de criar empresas para explorar essas atividades³.

Deve-se notar que da atuação do Estado no domínio econômico exsurtem também as chamadas falhas de governo. Gonçalves e Guimarães atentam para dois tipos de custos da

² GONÇALVES, Carlos Eduardo do Nascimento, GUIMARÃES, Bernardo. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 99.

³ Sobre a chamada “teoria dos espaços vazios”, ver IORIO, Ubiratan Jorge. *Por que é preciso privatizar as estatais?* Disponível em <<http://www.ubirataniorio.org/index.php/artigo-do-mes/307-est>>. Acesso em: 8 jun. 2017; ABRANCHES, Sérgio Henrique. A Questão da Empresa Estatal - Economia, Política e Interesse Público. *RAE - Revista de Administração de Empresas*, v. 19, n. 4, out-dez, 1979. Disponível em: <<http://rae.fgv.br/rae/vol19-num4-1979/questao-empresa-estatal-economia-politica-interesse-publico>>. Acesso em: 17 mai. 2017; e WERNECK, Rogério L. Furquim. Perdidos. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 1 dez. 2006. Disponível em: <www.economia.puc-rio.br/rwerneck/pdf/vf2006-1201.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2017.

intervenção: a retirada de recursos da sociedade destinados à implementação da intervenção e as possíveis mudanças/distorções nas escolhas das pessoas.

Em relação ao primeiro tipo apontado, além de naturalmente associarem o aumento de intervenção ao aumento de impostos, os autores também se referem ao aumento no custo da intervenção decorrente da corrupção, que também está presente no segundo tipo, para o qual eles apresentam como exemplos: o travamento da produção decorrente da burocracia, a possibilidade de a corrupção modificar os interesses de alguns políticos e de gerar incentivos para a realização de atividades não produtivas, e a distorção de incentivos de pessoas e empresas.

Por ser uma constituição dirigente, as possibilidades intervencionistas do Estado brasileiro espriam-se por toda Carta de 1988. O presente trabalho não se propõe a relacionar todas essas possibilidades e limita-se, no tópico seguinte, a dissertar brevemente sobre as formas de intervenção previstas na Constituição Federal.

2.1. FORMAS DE INTERVENÇÃO

Existem diversas classificações sobre as formas de intervenção do Estado no domínio econômico. Luís Roberto Barroso observa que “*A sistematização doutrinária das formas de intervenção do Estado na economia varia conforme o critério adotado*”, e em seguida identifica três formas interventivas: a disciplina, o fomento e a atuação direta⁴.

Por meio da disciplina, o Estado intervém na atividade econômica editando leis ou regulamentos e exercendo seu poder de polícia.

Ao atuar na modalidade de fomento, o Estado intervém, por exemplo, concedendo incentivos fiscais ou financiamentos públicos a empresas, estimulando ou desestimulando

⁴ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 14, maio/junho/julho de 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

condutas. Carolina Barros Fidalgo⁵ menciona a existência de grande controvérsia na doutrina sobre semelhanças e diferenças entre os conceitos de regulação e fomento, contudo, em relação a este, assevera que:

Independentemente de se enquadrar no conceito de regulação ou de constituir espécie autônoma de intervenção, parece não haver controvérsia sobre o fato de constituir uma forma indireta de intervenção na economia, já que o Estado, através dele, apenas incentiva determinada atividade, utilizando-se de instrumentos não coativos de forma a que o particular, voluntariamente, desenvolva a sua atividade no sentido desejado pela Administração Pública.

Por fim, a atuação direta é a intervenção por intermédio da exploração de atividade econômica em sentido amplo, o que encarta a prestação de serviços públicos e a exploração de atividade econômica em sentido estrito por empresas estatais – dessa divisão trataremos com mais apuro a seguir.

Há que se ter em vista que as formas de intervenção indireta (fomento e disciplina) também podem ser executados por empresas estatais. Veja-se, por exemplo, a regulação dos preços de combustíveis realizada pela Petrobras⁶ e o fomento executado pelos bancos estatais, notadamente pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

O principal dispositivo constitucional atinente à intervenção direta é aquele previsto no já mencionado art. 173 da Constituição, segundo o qual, ressalvados os casos nela previstos, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Conforme se verifica, as ressalvas à intervenção direta são inócuas, tendo em vista a indeterminação dos conceitos de segurança nacional e relevante interesse coletivo. O verdadeiro limite imposto pelo constituinte a essa modalidade de atuação encontra-se nos incisos XIX e XX do art. 37 da Carta Política, pelos quais o constituinte estabeleceu controles parlamentares sobre a criação e a atuação de estatais.

⁵ FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 69.

⁶ O artigo disponível em <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2013/02/18/a-interferencia-no-preco-da-gasolina-e-um-bom-instrumento-para-se-controlar-a-inflacao> (acesso em 12 jun. 2017) ilustra a ocorrência do fenômeno.

Por oportuno, cite-se que, de acordo com o novel Decreto nº 8.945/16, são empresas estatais as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as subsidiárias das empresas públicas e sociedades de economia mista. Não obstante, o termo *empresas estatais* adotado neste trabalho refere-se a empresas públicas e sociedades de economia mista.

A criação de empresas estatais é precisamente tratada no inciso XIX, ao estabelecer que somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista. O inciso XX, por sua vez, cuida da expansão das empresas estatais que ocorre quando estas participam de outras sociedades, dando origem a subsidiárias e empresas público-privadas. A análise desses controles é detalhada no item 0.

2.2. EMPRESAS ESTATAIS E PODER DE CONTROLE

Conforme já declinado, as empresas estatais classificam-se em empresas públicas e sociedades de economia mista. A diferença mais notória entre essas espécies encontra-se na participação do Estado em cada uma delas: nos termos do Decreto-Lei nº 200/67, o capital das empresas públicas é exclusivo da União⁷; nas sociedades de economia mista, a maioria das ações com direito a voto pertencem à União.

Acrescente-se que, nos termos do Decreto-Lei nº 200/67, as empresas públicas, assim como as subsidiárias, podem revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito e as sociedades de economia mista devem ter a forma de sociedade anônima.

Como visto, o que caracteriza uma empresa como estatal é o fato de ela ser controlada pelo Estado. Neste ponto, cabe buscar a lição de Fábio Konder Comparato a respeito do poder de controle⁸. Segundo o autor, o controle pode ser classificado em interno ou externo, conforme sua titularidade:

⁷ Caso uma empresa seja formada por capitais de diferentes entes federativos, ela também será uma empresa pública. De acordo com o art. 5º do Decreto-Lei nº 900/1969, a empresa pública federal também pode ter como sócio entidade da Administração Indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que o controle permaneça com a União. Em ambos os casos, estaremos diante de uma empresa pública *pluripessoal*.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005. p. 48. Embora no âmbito estatal a obra aplique-se primordialmente às sociedades de economia mista (sociedades anônimas), o conceito de controle pode ser aplicado às empresas públicas, sobretudo se considerarmos que a S.A. é a forma de todas as atuais empresas públicas federais, conforme revela

No primeiro caso, o titular do controle atua no interior da sociedade (*ab intus*), lançando mão dos mecanismos de poder próprios da estrutura societária, notadamente a deliberação em assembleia. No segundo, o controle pertence a uma ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, que não compõem quaisquer órgãos da sociedade, mas agem de fora (*ab extra*).

Antes de nos dedicarmos às diferenças existentes na dúplici manifestação do poder de controle empresarial, é preciso deixar assente que o termo *controle* aqui examinado não se confunde com os controles mencionados no art. 70 da Constituição Federal – controle externo, exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas, e controle interno, exercido pelo sistema de controle interno de cada Poder –, cujo objeto é a fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Estado.

Igualmente, quando tratamos do controle societário, não estamos nos referindo ao que se convencionou chamar de controle social, que é o controle exercido pela sociedade sobre o Estado⁹.

2.2.1. CONTROLE INTERNO

Tendo por base a clássica obra *The Modern Corporation and Private Property*, publicada por Adolf Berle and Gardiner Means em 1932, Comparato dividiu o controle interno em cinco espécies – com a ressalva de que um não é totalmente excludente dos demais¹⁰:

- a) **Controle totalitário:** trata-se da sociedade unipessoal, em que um único acionista detém a totalidade das ações da sociedade anônima.
- b) **Controle majoritário:** ocorre quando um acionista detém a maioria do capital votante.

o Perfil das Empresas Estatais 2015 - Ano-base 2014, publicado pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

⁹ Ver, nesse sentido, <http://www.portaldatransparencia.gov.br/controleSocial>.

¹⁰ Berle e Means também reconhecem o “*controle obtido mediante expedientes legais (through a legal device)*”, que seria aquele exercido mediante expediente ou artifício legal. De acordo com Comparato, trata-se de discutível tipo de controle, sendo que a posição daqueles autores “*na própria doutrina americana (...) não ficou isenta de críticas*”, motivo pelo qual não o detalhamos aqui.

- c) **Controle minoritário:** ocorre quando um acionista detém menos da metade do capital votante, sendo essa quantidade maior que a dos demais acionistas, situação propiciada pela existência de maior dispersão acionária.
- d) **Controle administrativo ou gerencial (*management control*):** em situações de extrema dispersão acionária, os administradores tornam-se controladores *de facto*.
- e) **Controle gerencial de direito:** atribuição de poderes de veto e de eleição da maioria dos conselheiros a *golden shares* de propriedade dos administradores, ficando estes protegidos de alterações na dispersão acionária, mas sem exercer plenamente o controle.

Assim, verifica-se que o controle chamado totalitário é aquele existente nas empresas públicas unipessoais (a totalidade de seu capital é detida por um único ente federativo) e nas subsidiárias integrais (a totalidade de seu capital é detida por uma empresa estatal ou por uma subsidiária desta), e o controle majoritário é aquele observado nas sociedades de economia mista e nas subsidiárias controladas por empresas estatais ou por subsidiárias destas.

O controle minoritário é aquele que pode vir a ocorrer no seio da empresa público-privada (EPP), onde não somente pode o Estado deter parcela minoritária do capital maior que a dos demais sócios, como ele também pode controlar uma empresa privada por meio de *golden shares* ou acordos de acionistas, a depender do teor desses instrumentos. O fenômeno decorre da separação entre propriedade e controle observada por Comparato.

Tendo em vista a menção à possibilidade de celebração de um acordo de acionistas, é preciso salientar que o termo *acionista* possui também uma conotação plurissubjetiva, conforme observou Laura Amaral Patella¹¹, ou seja, ele pode tanto representar uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica, como um grupo de indivíduos ou um grupo de pessoas jurídicas.

¹¹ PATELLA, Laura Amaral. *Controle conjunto nas companhias brasileiras: disciplina normativa e pressupostos teóricos*. 2015. 327 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 3. Versão parcial disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-11112015-105422/pt-br.php>. Acesso em: 13 jun. 2017.

São exemplos de controle exercido por uma pluralidade de acionistas o controle compartilhado e o controle conjunto.

Carlos Augusto Silveira Lobo assim trata do **controle compartilhado**:

A partir da execução da política de alienação, pelo Estado, do controle de sociedades de economia mista, difundiu-se entre nós a formação de grupos controladores referidos como “de controle compartilhado”, em que a escolha dos membros do Conselho de Administração e/ou da Diretoria da companhia não é decidida por maioria de votos nas reuniões prévias, mas cada membro do acordo tem o poder de indicar um ou mais dos administradores que serão eleitos pelo grupo controlador, e as partes do acordo se obrigam a exercer o direito de voto respeitando esse direito de cada membro.¹²

Conclui o autor que quando o controle é compartilhado, “*deixa de existir a unidade de comando dos administradores eleitos pelo grupo [controlador]*”.

As *joint ventures* societárias¹³ são empresas das quais o Estado pode participar, em tese, em total equilíbrio com os acionistas da sociedade, o que pode ser visto como uma espécie de controle compartilhado. Carlos Augusto Silveira Lobo assim leciona:

(...) na companhia que é veículo de uma *joint venture* não há acionista controlador nem minoritário, pois nenhum acionista ou grupo de acionistas prepondera permanentemente nas deliberações da Assembléia Geral, elege a maioria dos administradores ou dirige as atividades sociais. As relações entre as partes se estabelecem em pé de igualdade e, se uma das partes tem a maioria das ações com direito a voto, o acordo de acionistas (mediante cláusulas relativas ao exercício do voto) e o estatuto social (estabelecendo quoruns especiais) eliminam o poder de controle, para que a gestão do empreendimento comum seja regulada pela via contratual. A inexistência de acionista controlador é uma das peculiaridades do acordo de *joint venture*.

O **controle conjunto** é aquele previsto no art. 116 da Lei nº 6.404/76. Segundo Roberta Nioac Prado “*o poder de controle conjunto é aquele exercido por mais de um acionista, pessoa física ou jurídica, por meio de um acordo de acionistas, acordo esse que pode ou não ter a forma prevista no art. 118 da LSA de 1976*”¹⁴.

¹² *Apud* LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense: 2009. v. I.

¹³ As *joint ventures* (JV) podem ser societárias ou contratuais: a JV societária é uma sociedade com personalidade jurídica própria, com o capital dividido entre seus sócios; a JV contratual é criada por meio de contrato e não possui personalidade jurídica – do direito brasileiro, é a figura do *consórcio* regulamentada pela Lei nº 6.404/76 nos arts. 278 e 279.

¹⁴ *Apud* PATELLA, Laura Amaral. *Op. cit.*, p. 9.

Portanto, ao celebrar um acordo de acionistas, pode o Estado, mesmo detendo uma participação acionária minoritária, dividir o poder de controle com outros acionistas no âmbito de um grupo controlador, ou obter o efetivo controle da sociedade participada, ainda que dentro de um grupo de acionistas.

2.2.2. CONTROLE EXTERNO

O controle externo é aquele que não decorre da detenção de ações. Comparato apresenta o tema por meio da jurisprudência americana, segundo a qual “*uma influência dominante pode ser exercida por meios diversos do voto*”¹⁵.

A primeira situação trazida pelo autor na qual pode surgir o controle externo é o endividamento de uma sociedade:

Em razão do seu direito de crédito, cuja execução forçada pode levar a companhia à falência, o credor passa, muitas vezes, a dominar a devedora, comandando a sua exploração empresarial.

(...)

Outras vezes, a existência de poder relevante dos credores faz com que esses pressionem para a configuração de estruturas de poder de controle gerencial ou administrativo, com empresas ou administradores especializados na gerência de empresas em crise assumindo a diretoria e o controle interno da companhia por meio da atribuição a estes de ações preferenciais da classe especial (...).

Registre-se que o endividamento também pode ter origem na emissão de debêntures:

Uma situação clássica de controle externo, oriunda do endividamento social, é a que deriva da emissão de debêntures. Tratando-se de crédito privilegiado e geralmente de montante elevado, a operação debenturística pode tornar a companhia emitente subordinada à influência dominante da massa de debenturistas, notadamente quando precária a situação financeira da devedora.

Outro exemplo apresentado por Comparato é a dependência econômica, que, na lição do autor, “*é um conceito útil para identificar situações em que pode haver controle externo*”. Essa dependência pode surgir tanto em relação ao comprador dos produtos e serviços da sociedade, como de seus fornecedores.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 89.

Para a maior parte da doutrina, o poder de controle societário externo não é possível em nosso ordenamento jurídico. Veja-se, por todos, Evandro Fernandes de Pontes:

(...) a situação hipotética do “controle externo”, para nós impossível até sob o ponto de vista socrático (uma vez que a Lei das S.A. não define *controle*, mas sim *acionista controlador* [116] ou *sociedade controlada* [243]), não autoriza nem sequer que a matriz da *influência significativa* trazida pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que deu nova redação ao artigo 243 da Lei das S.A. inserindo-lhe o §4º, que fala de “poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la”, possa admitir a migração para um regime de controle externo (...). De fato, somos da opinião de que essa mudança no artigo 243 veio capturar hipóteses de acionistas especiais e debenturistas como aqueles mencionados por Romeu AMARAL, sem, entretanto, alterar a nossa matriz de poder controle definido por maioria permanente de votos. Salientamos também que após a edição da Nota de Esclarecimento CAF 004, de 27 de janeiro de 2014, as dúvidas em relação a uma eventual adoção de um conceito de “controle externo” para fins de definição do termo “Acionista Controlador” nos termos do Código CAF, art. 2º foram completamente eliminadas por manter a figura do sócio de maneira centralizada na definição de controle.¹⁶

Com efeito, a leitura do art. 116 não parece autorizar a afirmação de que o controle societário externo tenha sido positivado em nosso ordenamento jurídico. Todavia, deve-se ter em mente que tal modalidade de controle, além de ser majoritariamente exercida de fato, o que já justifica a atenção que o Direito deve dedicar-lhe, também o é de direito.

Nesse sentido, Comparato, depois de exemplificar o controle externo com as referidas situações de endividamento e dependência econômica, asseverou que “*Em todas essas hipóteses, o controle externo é exercido mais de fato do que de direito. Há, porém, situações em que a dominação empresarial ab extra é legitimada pela ordem jurídica*”, trazendo à tona disposições da Lei nº 6.024/74 sobre o assunto.

2.2.3. EMPRESA ESTATAL E FLEXIBILIDADE

A intervenção estatal direta no domínio econômico por meio de empresas está associada a um discurso de flexibilidade. Esse discurso, muitas vezes, contrapõe-se ao controle exercido

¹⁶ PONTES, Evandro Fernandes de. *Incorporação de ações no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016. A obra referenciada é AMARAL, José Romeu Garcia do Amaral. *Ensaio sobre o regime jurídico das debêntures*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

pelos Tribunais de Contas e pelos órgãos de controle interno mantidos pelos Poderes Executivos aos quais se vinculam as estatais¹⁷.

Paulo Roberto Motta, por exemplo, apresenta como fator de surgimento das empresas estatais a finalidade de:

Escapar às normas administrativas e financeiras existentes na administração direta, criando empresas dotadas de autonomia, flexibilidade e maior eficiência nas decisões. Os escapismos significam fugir às normas administrativas impostas pelos órgãos centrais de administração de pessoal (Dasp e Secretaria de Administração) e aos órgãos de controle financeiro (os Tribunais de Contas da União e do Estado). Esse fator foi extremamente ressaltado na criação da maior parte das empresas de serviços, principalmente as existentes nos estados federados.¹⁸

Ao concluir que “escapar” dos limites inerentes à atuação do Estado seria uma das finalidades dessa modalidade interventiva, o autor antecipou – o texto refere-se a trabalho apresentado em 1979 – o que Maria João Estorninho veio a denominar de “fuga” para o Direito Privado¹⁹. É interessante notar que a fuga representa uma tentativa de o Estado afastar-se das regras que ele mesmo deve estabelecer sobre si.

Mario Engler Pinto Júnior²⁰, em estudo sobre as empresas estatais, refere-se à atuação dos órgãos de controle típicos do setor público como “interferência desconfortável”, o que se contraporia à “flexibilidade operacional” em tese propiciada na situação em que o Estado participar minoritariamente de empresas privadas.

Cite-se ainda José de Mesquita Lara que, em artigo de 1958 sobre empresas públicas²¹, associava o sucesso das empresas públicas alemãs do início do século XX à não sujeição a “*entraves do controle e a rigidez dos orçamentos*”. O mesmo autor, em artigo do mesmo ano sobre sociedades de economia mista²², afirma:

¹⁷ Neste trabalho, não analisamos a possibilidade de criação de empresas pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

¹⁸ MOTTA, Paulo Roberto. O controle de empresas estatais no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v. 14, n. 2, 1980. pp. 69-82.

¹⁹ ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

²⁰ *Apud* FERRAZ, Luciano. Além da sociedade de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, pp. 49-68, maio/ago. 2014.

²¹ LARA, José de Mesquita. As empresas públicas. *Jurisprudência Mineira*, vol. XV, out. 1958, ano IX, n. 4.

²² LARA, José de Mesquita. As Sociedades de Economia Mista. *Jurisprudência Mineira*, vol. XIV, abr. 1958, ano IX, n. 4.

Só a plasticidade permitida à Administração Pública pela sociedade de economia mista à ausência de burocracia, de chefes e chefetes, de contrôles e mais contrôles (quase sempre inócuos), seria o bastante para celebrar-lhe o mérito.

Não obstante, acrescenta o autor que a sociedade de economia mista:

não pode ser, contudo, uma panacéia miraculosa para obviar todos os males da Administração Pública e do país. Tem que ser empregada e usada com segurança, método e inteligência, a fim de que não lhe reste somente a meta do fracasso, da derrota e do descrédito.

Malgrado toda a crítica direcionada ao controle realizado pelo Estado a suas empresas, há que se observar que algumas atividades levadas a cabo por empresas estatais poderiam, a princípio, ser realizadas por outros formatos de organização pública.

Como exemplo do que se afirma, podemos citar o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), empresa pública vinculada ao Ministério da Fazenda, o BNDES, empresa pública vinculada atualmente ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e a Empresa Gestora de Ativos (EMGEA), empresa pública vinculada ao Ministério da Fazenda, responsável pela gestão de créditos “podres” das empresas estatais da União.

Vale a pena conhecer um pouco mais o caso do BNDES. O banco foi criado em 1952, já como agência de fomento²³, sob a forma de autarquia, tendo sido enquadrado como empresa pública somente em 1971, por meio da Lei nº 5.662²⁴.

Com efeito, a história administrativa é coalhada de exemplos da intercambialidade das formas empresariais e autárquicas:

- a) Caixa Econômica Federal, também criada como autarquia e transformada em empresa pública²⁵;

²³ Art. 8º da Lei nº 1.628/52: “(...) é criado, sob a jurisdição do Ministério da Fazenda, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, que também atuará, como agente do Governo, nas operações financeiras que se referirem ao reaparelhamento e ao fomento da economia nacional”.

²⁴ Art. 1º da Lei nº 5.662/71: “O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), autarquia federal criada pela Lei número 1.628, de 20 de junho de 1952, fica enquadrado, nos termos e para os fins do § 2º do artigo 5º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, na categoria de empresa pública.”.

²⁵ VAZ DA SILVA, Floriano Corrêa. A intervenção do Estado no Domínio Econômico através dos Órgãos de Administração Indireta. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, out. a dez. de 1974.

- b) Embratur, criada como empresa pública e transformada em autarquia;
- c) Embrafilme, criada como sociedade de economia mista e substituída pela Agência Nacional do Cinema (Ancine), uma autarquia;
- d) Casa da Moeda, transformada em autarquia pela Lei nº 4.510/64, posteriormente transformada em empresa pública por força da Lei nº 5.895/73;
- e) Banco do Brasil, empresa pública que funcionou como “autarquia de crédito” até 1986, quando da extinção da “Conta de Movimento” pelo Conselho Monetário Nacional²⁶.

Além das transformações ocorridas em virtude de lei, cabe mencionar a chamada *autarquização* da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) promovida por decisões do STF (RE 220.906/DF e RE 773992/BA) e também do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que chegou a vedar a dispensa imotivada de funcionários dos Correios, equiparando-os, na prática, a servidores estatutários²⁷, cuja demissão depende da instauração prévia de um processo administrativo disciplinar.

Vale notar que a ECT, transformada em empresa pública em 1969 por meio do Decreto-Lei 509, é um desmembramento da Administração Direta, uma vez que tem origem no Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT), órgão criado em 1931, pelo Decreto nº 20.859, e subordinado ao então ministro da Viação e Obras Públicas – o que reforça o argumento de que o cumprimento de seus objetivos não depende, necessariamente, do formato empresarial.

Uma possível explicação para o exercício de atividades autárquicas por empresas estatais foi fornecida por Enrique Saravia, para quem, embora estas precisem de agilidade e flexibilidade:

(...) o governo percebeu que a fórmula empresarial servia-lhe, também, para agilizar outras atividades, cuja essência era diversa. Apareceram, então, entidades configuradas formalmente como empresas estatais, mas cuja prestação não era de natureza empresarial. Em lugar de agilizar a estrutura da administração central, o governo optou por estender a figura empresarial a entidades cujos empreendimentos são substantivamente diferentes aos de uma empresa. As distorções decorrentes

²⁶ OLIVEIRA, Maria de Lourdes Araújo. *Adaptação estratégica no setor bancário: o caso do Banco do Brasil no período 1986 a 2000*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, UFSC, 2001. p. 102.

²⁷ SBDI I, Orientação Jurisprudencial nº 247.

desta operação 'contra natura' configuram um vasto acervo de absurdos administrativos existente na administração pública.²⁸

Certo é que a flexibilidade é buscada pelo Estado. Quais seriam as características das empresas estatais que proporcionariam aos governantes essa flexibilidade? A seguir, são apresentadas algumas respostas²⁹:

- **Não sujeição a contingenciamento orçamentário:** os decretos de programação orçamentária e financeira previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, que limitam os valores autorizados na Lei Orçamentária Anual, não se aplicam ao orçamento de investimento (OI) das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.
- **Apropriação de receitas:** as estatais não se sujeitam ao princípio da unidade de caixa do qual decorre a Conta Única do Tesouro Nacional. Suas receitas são apropriadas pelas estatais em seus próprios balanços.
- **Liberdade de gastos:** uma vez aprovado pelo Congresso Nacional o orçamento de investimentos, Poder Executivo, por meio do Plano de Dispêndios Globais (PDG), e, sobretudo, as estatais são livres para conduzir suas despesas. Registre-se que a aprovação do OI não equivale a um controle efetivo pelo Poder Legislativo, uma vez que ele contém baixíssimo detalhamento (a menos sintética informação disponível sobre o OI é aquela disponível no Anexo VI do Projeto de Lei Orçamentária, que exhibe somente a previsão de despesas por função e subfunção).
- **Liberdade de endividamento:** as empresas estatais possuem diversas formas de se financiar sem a interveniência do Congresso Nacional. Elas podem, por exemplo, contratar crédito no mercado interno ou externo e emitir debêntures, ampliando seus ativos e, conseqüentemente, as possibilidades de intervenção. Cabe mencionar ainda as próprias transações entre partes relacionadas, ou seja, as operações de crédito realizadas entre o ente controlador e a estatal. A liberdade de financiamento é uma importante nota que diferencia as estatais de outras unidades das Administrações Direta e Indireta.

²⁸ *Apud* ALMEIDA, Walisson Alan Correia de. *Organização do Estado: recaptura, manutenção ou desestatização de empresas estatais dependentes*. Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa - ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Orçamento Público. Brasília, 2010.

²⁹ Esta análise não se aplica às empresas estatais dependentes.

- **Liberdade na indicação de dirigentes:** diferentemente de algumas autarquias, cujos dirigentes dependem de aprovação prévia pelo Senado Federal para serem nomeados, os dirigentes das estatais são nomeados pelo Presidente da República ou diretamente pela assembleia geral, que, por sua vez, é composta, via de regra, por indicados pelo Presidente da República.
- **Opacidade:** às estatais são garantidas diversas possibilidades de afastar o princípio da publicidade, impedindo o controle social dessas empresas. *V.g.* o art. 6º do Decreto nº 7.724/2012 que regulamentou a Lei de Acesso à Informação, que prevê inúmeras hipóteses de sigilo.
- **Não utilização do SIAFI e ausência no Portal da Transparência:** as estatais federais possuem sistemas próprios e não utilizam o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI) – principal instrumento utilizado para registro, acompanhamento e controle da execução orçamentária, financeira e patrimonial do Governo Federal. Sendo o SIAFI também a principal fonte de dados do *site* Portal da Transparência, que divulga diversos dados relativos à gestão dos recursos federais pela Administração Direta e pelas autarquias e fundações, a gestão de recursos pelas estatais não é exibido pelo referido *site*, o que também acaba por impedir o controle social das receitas e despesas das estatais.
- **Não sujeição ao teto constitucional:** por força do § 9º do art. 37 da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98 (Reforma Administrativa), os empregados das empresas estatais que não recebem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral não se submetem ao teto constitucional. Note-se que, em sua versão original, a Constituição sujeitava as estatais ao teto, o que era confirmado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 1.033). A PEC 58/2016, em tramitação no Senado Federal, busca corrigir a situação.
- **Inaplicabilidade do mandado de segurança:** pode-se citar ainda o fato de os atos de gestão comercial das empresas estatais não serem atacáveis por meio de mandado de segurança REsp 1078342³⁰ e Lei nº 12.016, art. 1º, § 2º, protegendo

³⁰ Exceção feita aos atos praticados na execução de atividades de interesse público. Nesse sentido, o Verbete de Súmula nº 333 do STJ: “*Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública*”.

as ações dos gestores dessas empresas dos efeitos de um dos mais importantes remédios constitucionais.

2.2.4. A LÓGICA SEMIEMPRESARIAL DAS EMPRESAS ESTATAIS

As empresas estatais são regidas por um regime jurídico híbrido. Isso porque, não obstante seu formato empresarial, o que leva parte da doutrina e a lei a classificarem essas pessoas jurídicas como *de direito privado*, sujeitam-se às limitações próprias do Direito Administrativo. Trata-se do que Adilson Abreu Dallari denominou de “*discrepância entre o rótulo e o conteúdo*”³¹. Continua o professor:

mas parece evidente que o que está errado é o rótulo. Com efeito, considerando-se que **tais entidades outra coisa não são do que a administração pública agindo sob formas privadas**, que são meros instrumentos de ação estatal, criação do Estado, com recursos públicos, é inevitável que elas sejam atingidas pelo regime jurídico administrativo que tem, entre suas características, os princípios da legalidade, da finalidade e do controle. (*grifamos*)

Lúcia Valle Figueiredo, diante do poder de interferência da administração central nas empresas públicas e sociedades de economia mista, observou que “*escapa a essas sociedades a possibilidade de se constituírem em entidades de direito privado no autêntico sentido*”³².

Uma das principais discussões sobre a hibridez que orienta o regime dessas entidades é a não obrigatoriedade de perseguir lucro, o que pode ser ilustrado pelo art. 238 da Lei das Sociedades Anônimas, aplicável às sociedades de economia mista:

Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

³¹ DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das empresas públicas. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 19, n. 3, pp. 87-98, Set. 1979. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901979000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 jun. 2017.

³² *Apud* DALLARI, Adilson Abreu, *op. cit.*, p. 89.

A discussão doutrinária envolve também empresas públicas e é rumorosa. Por todos, colacionamos o posicionamento de Alexandre Santos de Aragão, que em recente obra sobre o tema propôs uma interpretação sobre a questão:

Interpretando o art. 238 da Lei das S.A., os fins públicos institucionais a que menciona podem justificar a mitigação (nunca a supressão) dos seus objetivos puramente lucrativos (ex.: um banco estatal pode fornecer crédito subsidiado a pequenos agricultores ou uma estatal de petróleo pode ter que construir um gasoduto de integração energética nacional atendendo a uma política governamental). Contudo, fugiria totalmente da lógica econômica, ainda que mitigada, inerente às sociedades de economia mista, a imposição a elas de fornecimento gratuito de produtos ou serviços, ou, o que financeiramente se equivaleria, a manutenção do fornecimento a empresas notada e reiteradamente inadimplentes.³³

Aqui, uma pergunta deve ser elaborada. Quando se discute o lucro das empresas estatais, de que lucro está-se falando, do lucro contábil ou do lucro econômico? Gina Montone, em estudo sobre as demonstrações financeiras do BNDES, esclarece a diferença entre os dois conceitos:

Através da análise das demonstrações financeiras, é possível observar que há geração de lucro contábil. Entretanto, a medida de geração de valor ao acionista é o lucro econômico, que considera os custos implícitos, como por exemplo, os custos de oportunidade do capital e os custos explícitos, além de incluir os custos atrelados a obtenção de recursos provenientes de todas as fontes, inclusive as fontes de recursos próprios.³⁴

Nesse trabalho, a autora concluiu que o BNDES, em todo o período analisado (2000-2011), não gerou lucro econômico, ou seja, houve destruição de valor ao Governo Federal, único acionista do banco.

O desejo de um investidor é obter retornos superiores a seu custo de capital. Extrapolando as conclusões do estudo mencionado e supondo que o BNDES efetivamente não seja capaz de gerar retornos superiores ao custo de capital da União, sua existência não se justificaria do ponto estritamente financeiro. Todavia, conforme ressaltado pela autora do estudo:

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais – O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017. p. 351.

³⁴ MONTONE, Gina. *O BNDES gera lucro econômico? Utilização da metodologia do EVA® para verificar a criação de valor ao acionista*. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, Escola de Economia de São Paulo, 2013.

o BNDES não é um investidor buscando obter retornos acima de seu custo de capital. O acionista único do BNDES é o Governo Federal, cujo maior objetivo é o crescimento econômico do país (aumento do Produto Interno Bruto), distribuição de renda, redução da desigualdade social, redução da taxa de desemprego e outras melhorias sociais.

Embora se desconheçam estudos que comprovem a geração das externalidades mencionadas (crescimento do PIB, redução da taxa de desemprego, etc.) como resultado da atuação do BNDES, essa face do banco associada ao interesse público não pode ser ignorada e deve ser considerada na análise dos resultados obtidos.

Registre-se que semelhante estudo foi realizado sobre as demonstrações da Petrobras, e o resultado foi o mesmo: a Petrobras destruiu valor ao acionista no período 2010-2012³⁵.

Os exemplos mencionados, que respondem por significativa parcela da intervenção estatal – somente o grupo BNDES detém 25% dos ativos do setor financeiro estatal federal e a Petrobras possui quase sete vezes mais ativos que a Eletrobras, a segunda colocada da lista³⁶ – ilustram a mitigação da lógica empresarial na atuação das empresas estatais.

Outro exemplo da lógica semiempresarial das estatais é seu *funding* “barato”, principalmente o dos bancos estatais. A principal fonte de recursos do BNDES é o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), que custa ao referido banco menos que a taxa básica de juros (Selic), o mesmo ocorrendo com o Banco do Nordeste do Brasil (BNB), o Banco da Amazônia (BASA) e o Banco do Brasil, gestores, respectivamente, do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (FNE), do Fundo Constitucional de Financiamento do Norte (FNO) e do Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste (FCO).

Traço marcante nesse sentido também pode ser constatado pelo fato de as empresas estatais não estarem sujeitas a regime de falência, nos termos da Lei nº 11.101/2005, em claro confronto com a lógica empresarial.

³⁵ ALVES, Jessica; CHAVES, João Marcelo Pinto. *Análise econômico-financeira da Petrobrás: Estudo com enfoque na gestão baseada em valor ao acionista*. Rio de Janeiro, UFRJ/Escola Politécnica, 2013.

³⁶ Perfil das Empresas Estatais 2015 - Ano-base 2014.

3. EMPRESAS PÚBLICO-PRIVADAS

O termo *empresa público-privada* não consta de nenhuma norma positiva. Conforme observado por Rafael Wallbach Schwind³⁷, o termo foi utilizado pela primeira vez no Brasil pelo engenheiro Fernando Cariola Travassos, em artigo publicado em 21/08/2007 no jornal Valor Econômico. O artigo intitulava-se “*As vantagens de uma empresa público-privada*”, e defendia a redução da participação do Estado nas empresas estatais:

Trata-se de uma empresa pública ou de economia mista, na qual o poder público reduz sua participação, abrindo mão de seu controle em favor de outros acionistas, formando-se uma empresa de comando compartilhado.

Embora trate da participação minoritária do Estado em empresas, o conceito não circunscreve totalmente o que aqui se analisa, uma vez que se refere à redução de participação societária em empresas estatais, não cobrindo o fenômeno em que o Poder Público intervém em empresas privadas.

Posteriormente, em 2008, Carolina Bastos Fidalgo dedicou ao tema a monografia de pós-graduação “*As empresas de capital público-privado sem controle estatal*”, orientada por Alexandre Santos de Aragão. Este, por sua vez, publicou na Revista dos Tribunais nº 890, de dezembro de 2009, o artigo “*Empresa público-privada*”.

Nesse artigo, o administrativista conceitua as empresas público-privadas como:

as sociedades privadas com participação estatal, direta ou indireta, minoritária com vistas à realização de determinado objetivo público incumbido pelo ordenamento jurídico ao Estado.

Embora não conste do conceito supra, Aragão considera que a EPP também se caracteriza pela ausência de controle por parte do Estado e pelo não pertencimento à Administração Pública. Além disso, ele classifica a empresa público-privada como *parceria societária*, espécie do gênero *parceria público-privada*.

³⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Participação estatal em empresas privadas: as “empresas público-privadas”*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 4. Versão parcial disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11022015-125507/pt-br.php>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Rafael Wallbach Schwind conceitua o objeto deste trabalho como “*As empresas privadas que detêm participação estatal, mas que não integram a Administração Pública e não são controladas preponderantemente por um ente administrativo*”³⁸. Observe-se que nessa definição a participação minoritária é prescindível, ou seja, caso a participação estatal seja majoritária e o Estado não prepondere em seu controle, ainda assim estar-se-ia diante de uma EPP.

Entendemos que esse entendimento não pode prosperar, pois a detenção da maioria do capital de uma sociedade pelo Estado necessariamente a integra à Administração Pública Indireta como sociedade de economia mista, nos termos do Decreto-Lei nº 200/67.

Vale a pena também mencionar a hipótese do autor de que a empresa público-privada é a manifestação de uma técnica de intervenção do Estado no domínio econômico:

“há uma técnica de intervenção do Estado no domínio econômico – a ‘técnica acionária’ – pela qual o Estado emprega o seu apoio institucional e econômico em parcerias público-privadas de natureza societária, como mecanismo orientador de certas condutas consideradas desejáveis pelo Estado na ordem econômica”.

Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Souza e Henrique Motta Pinto optaram por utilizar a expressão *empresas semiestatais* para se referir ao fenômeno³⁹. Segundo Schwind, “*Ressaltam com isso o fato de que uma parte do seu quadro de sócios é constituída de um ou mais entes que integram a estrutura estatal*”.

Adotando a terminologia de Sundfeld, Souza e Pinto, Murilo Giordan Santos assim conceituou a participação minoritária do Estado nas empresas estatais:

Entendem-se por semiestatais as empresas das quais o Estado detém parcela minoritária do capital votante, ou seja, são empresas controladas pela iniciativa privada em que o Estado participa do capital social. A participação minoritária do Poder Público não transforma essas empresas em estatais, pois, para tanto, seria necessária a detenção da maioria do seu capital social votante. Portanto, as empresas semiestatais são empresas privadas e não integram a Administração Pública.

Mencionem-se ainda autores que cuidaram do assunto sem, no entanto, batizar-lhe.

³⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op. cit.*, p. 4.

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. *Empresas semiestatais. Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, pp. 75-99, out./dez. 2011.

Carolina Barros Fidalgo, em desdobramento de sua monografia de pós-graduação, dedicou-se novamente ao assunto em sua dissertação de mestrado “*O Estado empresário: regime jurídico das tradicionais e novas formas de atuação empresarial do estado na economia brasileira*”, posteriormente publicado em livro⁴⁰. Na obra, a autora refere-se tão-somente à participação minoritária do Estado, assim como fazem Filipe Machado Guedes⁴¹ e Marçal Justen Filho⁴² – registre-se que, para este último autor, a participação estatal minoritária é atividade administrativa de fomento, na mesma linha de Rafael Wallbach Schwind.

Esses autores também afirmam que a empresa privada que possui participação minoritária do Estado não integra a Administração Pública. Há, portanto, consenso em relação ao fato de as empresas público-privadas não pertencerem à estrutura do Estado.

Com base nesse levantamento, podemos chegar à seguinte conclusão: a empresa privada não controlada pelo Estado, da qual este participe minoritariamente, não integra a Administração Pública, e é denominada de empresa público-privada.

Portanto, a chave para a identificação do regime jurídico aplicável à empresa público-privada é a análise da existência de *controle* estatal. O assunto foi aprofundado no item 5.

⁴⁰ FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária*. São Paulo: Almedina, 2017.

⁴¹ GUEDES, Filipe Machado. *A atuação do Estado na economia como acionista minoritário: possibilidades e limites*. Almedina: São Paulo, 2015. p. 19.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 722.

4. O CONTROLE PARLAMENTAR DIRETO SOBRE A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS EM EMPRESAS PRIVADAS

As regras de criação de entidades da Administração Indireta estão previstas nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal:

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; *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

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; *(grifamos)*

Ambos os comandos tratam do controle parlamentar direto na criação dessas entidades. Referimo-nos a controle parlamentar *direto* porque este não se confunde com o controle realizado pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, previsto no art. 70 da Constituição Federal.

Enquanto o aludido inciso XIX cuida da criação mesma de empresas públicas e sociedades de economia mista, o inciso XX cuida de duas possíveis formas de sua expansão:

- **Criação de subsidiárias**, que pode se dar (i) pela constituição de uma nova sociedade, seja ela integralmente detida pela *holding* (subsidiária integral) ou controlada (seu capital é dividido com sócios minoritários), (ii) pela aquisição da totalidade de ações de sociedade já constituída, (iii) pela aquisição de participação majoritária em sociedade já existente⁴³; e
- **Participação minoritária em empresas privadas**, que pode se dar (i) pela constituição de nova sociedade em que a *holding* detenha participação minoritária, ou (ii) pela aquisição de participação minoritária em sociedade já existente.

⁴³ A aquisição de participação majoritária em sociedade já existente também pode ocorrer quando: (i) a *holding* já detenha participação minoritária em uma sociedade e venha a aumentar sua participação a ponto de adquirir o controle, ou (ii) a *holding* vende participação em subsidiária integral ou controlada que não acarreta em perda de controle.

De fato, a participação do Poder Legislativo pode revelar-se fundamental para o controle da intervenção estatal direta, ao proporcionar transparência às decisões interventivas do Poder Executivo e eventualmente impedir malversação de recursos públicos.

Além disso, o controle parlamentar sobre a expansão das empresas estatais é a instituição adequada para a aferição do interesse público a ela inerente. Conforme exposto por Astrid Monteiro de Carvalho Guimarães de Lima Rocha, o interesse público é um limite negativo à atuação do Estado no domínio econômico. Continua a autora, tratando especificamente do caso das sociedades de economia mista⁴⁴:

(...) não se deve perder de vista que tais sociedades são, obrigatoriamente, criadas por lei. É correto afirmar que a função da lei autorizativa a que se refere o inc. XIX do art. 39 (*sic*) da CF/1988 é delimitar a intervenção, na medida em que deve definir, precisamente, qual o interesse público que motivou tal intervenção, além de fornecer critérios para delimitar o interesse público que justificou a criação da companhia. A definição do interesse público na lei tem como finalidade a preservação do interesse público que justificou a criação da sociedade de economia mista.

Caso contrário, ao Estado seria conferido o poder de definir o momento e a forma da intervenção na economia como bem entendesse, arbitrariamente. E é justamente por essa razão que a criação por lei da sociedade é o elemento reconhecido hoje pela doutrina como traço característico destas sociedades.

Qualquer intervenção do Estado na economia que não seja justificada por determinado interesse público deve ser considerada irregular. Ora, é evidente que da ausência de definição precisa do interesse público não deve se beneficiar o Estado, definindo-o livremente. Tampouco pode a falta de precisão da definição do interesse público prejudicar os minoritários destas sociedades, que poderão ficar sujeitos a decisões políticas ou corporativas.

Por essa razão, não prevendo a lei a definição de interesse público, tampouco deve o acionista controlador da sociedade de economia mista – ou o administrador por este indicado – fazê-lo. Nesse caso, o único veículo adequado para corrigir tal ausência é a própria lei. A razão para tanto é que no processo de elaboração das leis, além do Poder Executivo, participa também o Poder Legislativo, sendo, portanto, absurdo admitir que o juízo de conveniência e oportunidade da intervenção na economia fosse delegada exclusivamente ao Executivo, através da administração das sociedades de economia mista.

Retornando à leitura do referido inciso XX, verifica-se que ele pode gerar dúvidas, uma vez que o termo *qualquer delas* pode referir-se tanto às empresas públicas e sociedades de economia mista “*mencionadas no inciso anterior*” como a suas subsidiárias.

⁴⁴ LIMA ROCHA, Astrid Monteiro de C. G. de. O estado empresário: interesse público, conflito de interesses e comportamento abusivo do acionista controlador nas sociedades de economia mista. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, n. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 209.

A fim de elidir a dúvida, atente-se para breve lição de Eros Grau: “*Os preceitos instrumentam o controle da expansão do Executivo pelo Legislativo. Não importam, em si, retenção dessa expansão; apenas impõem a participação do Legislativo no processo de decisão que se tome a respeito*”⁴⁵.

Com efeito, e conforme demonstrado neste trabalho, há um consenso entre doutrina⁴⁶, Poder Legislativo e Poder Judiciário sobre a *mens constitutionis* dos referidos incisos XIX e XX: seu propósito é controlar a expansão da atividade empresarial do Estado. Nesse sentido, a melhor interpretação para o inciso XX, *in fine*, e adotada doravante, é a de que seu comando abrange tanto as *holdings* quanto as subsidiárias, ou seja, a participação mencionada é tanto a direta quanto a indireta, embora esta seja mais frequente.

Outra questão a ser esclarecida tem a ver com as subsidiárias de subsidiárias (subsidiárias de 2º grau, 3º grau, e assim sucessivamente). A interpretação literal do inciso XX leva à conclusão de que somente a criação de subsidiárias diretamente controladas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista deve submeter-se ao controle parlamentar prévio.

A interpretação não pode prosperar, pois, se assim se procedesse, o controle parlamentar poderia ser facilmente burlado, na medida em que empresas públicas e sociedades de economia mista poderiam eleger uma determinada subsidiária de 1º grau como *holding* de diversas outras subsidiárias que seriam livremente constituídas⁴⁷.

⁴⁵ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 284.

⁴⁶ Veja-se também o escólio de Marçal Justen Filho sobre o tema: “*A proliferação de empresas estatais, especialmente durante as décadas de 1970 e 1980, impediu o controle do Estado e da própria sociedade sobre sua atuação. Daí a preocupação da Constituição em evitar que a Administração indireta se transforme num meio de fuga às sistemáticas jurídicas de limitação do poder estatal*” in *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2014. pp. 291-292.

⁴⁷ Nesse sentido, veja-se o entendimento albergado em acórdão do Tribunal Superior do Trabalho exarado no julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 862-25.2010.5.24.0002. De acordo com a ação, a Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A. (TBG), subsidiária da então Petrobras Gás S.A. (Gaspetro), esta, por sua vez, subsidiária da Petrobras, não se considerava obrigada a realizar concurso público por ser subsidiária de 2º grau, com o que o ministro relator não concordou: “*Inarredável que a subsidiária de sociedade de economia mista, caso dos autos, deve pautar-se por estrita observância dos princípios norteadores da Administração Pública. Daí porque a ora embargante não desfruta de autonomia administrativa com a mesma amplitude de atuação peculiar à companhia dotada de índole puramente privada*”.

Cabe também deter-se sobre a definição de *autorização legislativa*, expressão também presente no inciso XX do art. 37 da Constituição.

É comum compararem-se os incisos XIX e XX do citado dispositivo com o intuito de se tentar comprovar que a autorização legislativa determinada pelo constituinte de 88 não necessariamente precisa constar de lei⁴⁸. Também são comuns críticas à necessidade de lei que autorize a constituição de subsidiárias e a aquisição de participações societárias, tendo em vista a demora que o processo legislativo acarretaria a nessas operações⁴⁹.

Não se buscou, no presente trabalho, apresentar uma resposta definitiva para a questão. Todavia, apresenta-se como proposta a interpretação no sentido de a expressão referir-se a *autorização concedida pelo Poder Legislativo*, o que pode ocorrer, por exemplo, por meio do poder de apreciação conclusiva⁵⁰ de comissão da Câmara dos Deputados (com ou sem remessa ao Senado). Cite-se, ainda, o regime de urgência que pode ser imposto no processo legislativo.

Um exemplo da proposta aqui consignada pode ser visto no histórico da Medida Provisória nº 532/11. Dentre as diversas modificações que a MP impôs ao Decreto-Lei nº 509/69, que contém disposições sobre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), foi prevista a possibilidade de a ECT constituir subsidiárias e adquirir o controle ou participação acionária em sociedades empresárias já estabelecidas.

Durante a tramitação da referida medida provisória, foi proposta a Emenda nº 33, que previa uma inovação: a participação acionária adquirida pelos Correios dependeria de aprovação da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado Federal, o que, a princípio, atenderia o comando do art. 37, XX, da Constituição.

A título de complementação, registre-se a Emenda nº 33 não foi aprovada. A Medida Provisória nº 532/11 foi convertida na Lei nº 12.490/11, que, ao invés, incluiu uma etapa

⁴⁸ Veja-se, por exemplo, o voto do relator da ADI 1649.

⁴⁹ Nesse sentido, a crítica apresentada por FIDALGO, Carolina Barros. *Op. cit.* (analisada a seguir).

⁵⁰ Trata-se do poder, conferido pelo art. 58, § 2º, I, da Constituição às comissões da Câmara Federal, de dispensar a manifestação do Plenário na deliberação de certas matérias. Note-se que as comissões permanentes foram criadas com a finalidade de serem órgãos de caráter técnico-legislativo ou especializado, nos termos do art. 22 do Regimento Interno da Câmara.

adicional às operações de expansão da estatal: a constituição de subsidiárias e a aquisição do controle ou participação acionária em sociedades empresárias já estabelecidas deverão ser comunicadas à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contado da data da concretização do ato correspondente, nos termos do § 6º de seu art. 1º, o que não se configura como o controle prévio demandado pelo art. 37 da Constituição.

Complementado a breve exposição sobre o regramento constitucional atinente à criação/expansão de empresas estatais, registramos que a autorização para a criação dessas entidades concedida por meio de medida provisória, do que é exemplo a Medida Provisória nº 564/12, que autorizou a criação da ABGF, fere de morte o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, pois a medida provisória, nos termos do caput do art. 62 da Carta Política, possui força de lei, com esta não se confundindo.

Tendo em vista a existência de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o inciso XX do art. 37 da Carta Política, assentada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1649, passa-se agora ao exame das discussões que antecederam a decisão daquela Corte nessa ação.

4.1. POSICIONAMENTO DO STF

De acordo com consulta à jurisprudência do STF, o mencionado inciso XX foi suscitado na Corte pela primeira vez em 1996 quando da impetração da ADI 1491. Entre outras finalidades, intencionavam os autores dessa ação, além da concessão da respectiva medida liminar, a declaração de inconstitucionalidade do seguinte dispositivo da Lei nº 9.295/96:

Art. 5º É a Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS autorizada, com o fim de dar cumprimento ao disposto no parágrafo único do artigo anterior, a constituir, diretamente ou através de suas sociedades controladas, empresas subsidiárias ou associadas para assumir a exploração do Serviço Móvel Celular.

Como o artigo concedeu à Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebrás), sociedade de economia mista criada em 1972, autorização genérica para a criação de subsidiárias, concluíram os autores que o mandamento constitucional de autorização legislativa, **em cada caso**, para a criação de tais sociedades não havia sido respeitado.

Em 1997, antes mesmo de a concessão de medida liminar pedida na ADI 1491 ter sido julgada pelo Supremo, diversos partidos políticos impetraram, também sob o fundamento de violação do art. 37, XX⁵¹, da Constituição, a ADI 1649, segundo a qual seriam inconstitucionais os arts. 64 e 65 da Lei nº 9.478/97, transcritos a seguir:

Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.

Art. 65. A PETROBRÁS deverá constituir uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, ficando facultado a essa subsidiária associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.

Como se vê, o art. 64 é semelhante àquele positivado na Lei nº 9.295/96, pois consiste de permissão genérica para a constituição de subsidiárias pela sociedade de economia mista Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras) – criada em 1953 –, delimitando essa ação a seu objeto social. Além disso, assim como o faz o art. 65, aquele dispositivo autoriza ainda da participação da Petrobras em empresas privadas, em que pese a vedação contida no mesmo inciso XX, *in fine*.

Embora o foco das manifestações da Excelsa Corte no julgamento cautelar da ADI tenha sido a constituição de subsidiárias, ficando em segundo plano a discussão sobre participação em empresas privadas, este tema foi também assentado na ementa do *decisum* julgado em 29/10/1997, conforme segue:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.478/97. ARTIGOS 64 E 65: AUTORIZAÇÃO À PETROBRÁS PARA CONSTITUIR SUBSIDIÁRIAS, QUE PODERÃO ASSOCIAR-SE, MAJORITÁRIA OU MINORITARIAMENTE, A OUTRAS EMPRESAS. OFENSA AOS ARTS. 2º, 37, XIX E XX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. CAUTELAR INDEFERIDA.

1. Dispensa-se de autorização legislativa a criação de empresas públicas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz. A lei criadora é a própria medida autorizadora.
2. Os artigos 64 e 65 da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1977, não são inconstitucionais. Instituída a sociedade de economia mista (CF, art. 37, XIX) e delegada à lei que a criou permissão para a constituição de subsidiárias, as quais poderão majoritariamente ou minoritariamente associar-se a outras empresas, o requisito

⁵¹ Os autores também sustentaram a ocorrência de violação ao inciso XIX, todavia, considerando o objeto deste trabalho, a análise está limitada à discussão travada no Supremo Tribunal Federal a respeito do inciso XX do art. 37 da Constituição – regramento aplicável à constituição de subsidiárias.

da autorização legislativa (CF, art. 37, XX) acha-se cumprido, não sendo necessária a edição de lei especial para cada caso.

3. A Constituição Federal ao referir-se à expressão autorização legislativa, em cada caso, o faz relativamente a um conjunto de temas, dentro de um mesmo setor. A autorização legislativa, na espécie, abrange o setor energético resultante da política nacional do petróleo definida pela Lei nº 9.478/97.

4. Inexistência de violação aos incisos XIX e XX do art. 37 e ao art. 2º da Carta Federal.

Pedido cautelar indeferido.⁵²

Em resumo, entendeu o STF que tanto a criação de subsidiárias quanto a participação de estatais em empresas privadas depende somente de uma autorização *universal* na lei de criação dessas entidades.

A decisão final emendada pelo plenário do STF em 2004 limitou-se a esclarecer a diferença entre os incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição e a realizar ajustes redacionais no item 1 da ementa resultante do julgamento da medida liminar, tendo-se omitido em relação à participação de estatais em empresas privadas⁵³.

Em função da ausência de inovação significativa na decisão final, a decisão liminar servirá de base para a análise dos motivos que levaram o plenário do STF, sobretudo o relator, a conferir singular interpretação à locução “*em cada caso*”. Nos termos do voto do relator:

13. Igualmente não estou vislumbrando inconstitucionalidade na expressão *depende de autorização legislativa, em cada caso*, para a constituição de *subsidiárias*. De fato, **lei específica e autorização em cada caso** são expressões que se confundem na exegese desses dois dispositivos. Enquanto o XIX refere-se à lei específica, o inciso XX muda-a para **autorização em cada caso**, sem dúvida para criar distinção apenas formal dos vocábulos, e atender a gosto de estilo, dada a proximidade das duas expressões.

14. Não me parece tenham os requerentes qualquer razão para persistirem na tese de que a lei ora impugnada é genérica, abrangendo outros setores da atividade econômica além dos objetivos da política do petróleo, porque disciplina temas como política energética nacional e atividades relativas ao monopólio do petróleo; institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional de Petróleo (...).

⁵² MC na ADI 1649/DF, Pleno, j. 19/10/1997, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 08/09/2000.

⁵³ *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9478/97. AUTORIZAÇÃO À PETROBRÁS PARA CONSTITUIR SUBSIDIÁRIAS. OFENSA AOS ARTIGOS 2º E 37, XIX E XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. A Lei 9478/97 não autorizou a instituição de empresa de economia mista, mas sim a criação de subsidiárias distintas da sociedade-matriz, em consonância com o inciso XX, e não com o XIX do artigo 37 da Constituição Federal. 2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.* (ADI 1.649/DF, Pleno, j. 24/03/2004, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 28/05/2004).

15. Evidentemente que a Constituição ao referir-se à expressão **em cada caso** o faz **a um conjunto de temas**, dentro de um mesmo setor, ou seja, na hipótese, ao segmento particular da política energética nacional regulamentada pelo diploma questionado. Seria inconcebível a compreensão de que o constituinte, ao fazer constar do Texto Constitucional **em cada caso** tenha tido a intenção de exigir que o Congresso votasse lei específica para a instituição do Conselho Nacional de Política Energética, outra para a Agência Nacional do Petróleo, uma seguinte para a política energética nacional, outra mais para as atividades relativas ao monopólio do petróleo, e assim por diante. (*grifos no original*)

Procedendo a um breve exame do trecho colacionado, vê-se que o item 13 do voto, em verdade, parece comprovar a tese dos autores, senão vejamos. Conforme visto, dispõe o inciso XIX do art. 37 da Constituição:

somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Não há registro de que alguma empresa pública ou sociedade de economia mista brasileira tenha tido a criação autorizada em termos gerais, assim como não há lei que veicule algum dispositivo como “*Fica o Poder Executivo autorizado a criar empresas públicas*”: todas as empresas estatais criadas após 1988 o foram por meio de leis específicas, ou seja, uma lei para cada estatal (ainda que a lei versasse sobre outros assuntos que não a criação da empresa), sendo cada uma dessas leis informativa a respeito de alguns aspectos de seu funcionamento (objeto social, por exemplo), em pleno atendimento ao inciso XIX, permitindo a análise e o controle dos parlamentares. Inconteste, a nosso sentir, a interpretação e a aplicação do dispositivo.

Se o inciso XX, como propõe o relator da ADI, pode ser reescrito como “*depende lei específica a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada*”, qualquer autorização para criação de subsidiárias ou a participação em empresas privadas que fugisse à forma como as estatais são criadas – uma lei para cada subsidiária ou para cada participação minoritária – restaria inconstitucional, o que vai ao encontro da reivindicação dos autores.

No item 14, observa-se que o relator tomou a censura à generalidade, subjacente na pretensão dos autores, como associada somente a “*setores da atividade econômica*”. Todavia, a generalidade apontada na peça inicial também inquina a própria natureza da autorização concedida pelo art. 64 da lei guereada. Nesse sentido, o item 12 da exordial, que conclui, *ad*

absurdum, poder a Petrobras “*independente (sic) da autorização legislativa específica e para cada caso (...) criar quantas subsidiárias desejar*”.

Por fim, no item 15, que é capital no contexto do acórdão e contém a ideia do item 3 da ementa, nota-se que a interpretação conferida não segue natural ou necessariamente do conteúdo do inciso XX do art. 37 da Constituição a ponto de ela ser considerada evidente.

Outras interpretações foram consignadas no voto do relator: a primeira, fornecida por um Consultor da União, para quem “*a unidade da empresa é bastante para configurar um caso, ainda que esse caso seja a criação de dez subsidiárias*”, reforça a ideia central do voto (suficiência de autorização legal genérica para a constituição de subsidiárias); a segunda, por Caio Tácito (As empresas estatais no Direito Público, in *Direito Administrativo na Década de 90*, p. 21-31, conforme informação do voto), que assevera que a expressão “*em cada caso poderá ser entendida como indicativa de área ou atividade a ser contemplada*” (grifo no original), conclusão análoga à do relator.

É interessante observar que, no item 19 de seu voto, o relator salienta que a lei de criação da Petrobras (Lei nº 2.004/53, revogada pela lei objeto da ADI 1649) a autorizava a criar subsidiárias, “*como é o caso, entre muitas, da PETROQUISA, BR DISTRIBUIDORA, BRASPETRO, PETROFÉRTIL*”.

Neste ponto, é necessário traçar o caminho percorrido pelo atual art. 37, XX, da Constituição, desde as discussões iniciais na Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, uma das 24 subcomissões responsáveis pela elaboração daquela que veio a ser conhecida por Constituição Cidadã, até a promulgação desta.

Das 14 reuniões ordinárias que a subcomissão em comento realizou de 22/04 a 12/05/1987, participaram 22 palestrantes que discorreram em audiências públicas sobre cinco temas: (i) “Intervenção do Estado na ordem econômica, preservação de valores e interesses comuns e individuais. Conveniência e limites”; (ii) “O subsolo, a União e os Estados. Monopólio estatal do petróleo e outros monopólios”; (iii) “Nacionalidade da pessoa jurídica e

reserva de mercado”; (iv) “Empresas estatais e seu controle pela sociedade”; e (v) “O Planejamento econômico do Estado na sociedade democrática”⁵⁴.

A questão da criação de subsidiárias por empresas estatais foi especificamente abordada nas discussões havidas na Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica:

Fala do primeiro dos palestrantes a se apresentar perante a comissão

O crescimento do número de empresas em poder do Estado fez com que se tornasse extremamente complexa essa sua administração e o seu controle, pela simples presença do número. Ter-se 10 ou 15 empresas estatais e ter-se 150 empresas estatais são coisas diferentes e acabou por tornar-se deficiente o mecanismo de comando, de controle da ação dessas empresas. Daí, uma das razões de elas terem produzido uma **proliferação de empresas secundárias, sem que, na maioria dos casos, o Congresso Nacional fosse ouvido.**

As leis básicas da criação na Companhia Siderúrgica Nacional, da Vale do Rio Doce ou da Petrobrás vieram ao Congresso. **Muitas outras empresas foram criadas como subsidiárias dessas sem audiência do Congresso**, portanto, ato quase que exclusivo da administração dessas empresas, com o máximo de um aprovo do Ministro da Pasta correspondente (*grifamos*).

Relatório do relator da proposta de anteprojeto

Para a criação de monopólios estatais excluídos aqueles previstos neste anteprojeto, há necessidade de lei autorizativa, evitando-se a expansão descontrolada do Estado no sistema econômico. Essa autorização é necessária, também, para a criação de empresas subsidiárias, com o mesmo sentido coibitivo.

Depois de consideradas as sugestões apresentadas na Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, a proposta de anteprojeto apresentada pelo relator conteve regra específica para a criação de subsidiárias:

Art 6A09 Como agente produtivo, o Estado participa da atividade econômica através das empresas estatais.

§1º A empresa pública estatal ou mista e suas subsidiárias, somente serão criadas ou extintas por lei prévia autorizatória, que lhes fixará os limites de atuação.⁵⁵

É de se notar que, até então:

⁵⁴ BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (orgs.). *Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. p. 359.

⁵⁵ Observe-se que originalmente previu-se a necessidade de lei tanto para a criação quanto para a extinção de subsidiárias.

- não se fala em lei de autorização para criação, e sim em lei de criação⁵⁶;
- a participação minoritária em empresas privadas ainda não havia sido abordada;
- a proposta original previa que também a extinção⁵⁷, tanto da estatal quanto de suas subsidiárias, dependeria de lei; e
- o termo *em cada caso* não havia sido adotado, embora se previsse que a lei deveria fixar limites de atuação tanto para a estatal quanto para suas subsidiárias.

A fase seguinte foi de apresentação de emendas pelos componentes da comissão, que totalizaram 357. Em relação ao tema objeto deste trabalho, foram encontradas as seguintes emendas:

Emenda de etiqueta 6A0012-1:

Substituir no § 1º do art 6A09 a expressão “serão criadas ou extintas” por “serão criadas, transformadas, adquiridas, extintas ou terão seu controle acionário transferido...”.

Justificação: A autorização legal apenas para criar e extinguir empresas públicas estatais ou mistas é insuficiente para assegurar o controle do Congresso e da Sociedade sobre a capacidade do Poder Executivo de fazer proliferarem as estatais. Há outras formas do Estado intervir diretamente na produção sem criar empresas. Basta adquirir empresas privadas ou ampliar, transformando, o objeto social de estatal existente.

Emenda de etiqueta 6A0065-1:

Suprima-se o § 4º e dê-se ao § 1º e ao caput do art. 6A09, a seguinte redação:

“Art. 6A09 - Como agente produtivo a ação do Estado será restrita às atividades econômicas em que a sua intervenção seja necessária por razões de soberania ou segurança nacional, estendendo-se transitariamente, a setores ainda não atendidos pela iniciativa privada.

§ 1º - A empresa pública estatal ou mista e suas subsidiárias somente serão criadas por lei especial que lhes fixará os limites de atuação.”

Justificação: É importante limitar a atuação do Estado unicamente àquelas áreas em que a iniciativa privada não conseguiria atender satisfatoriamente às diversas aspirações nacionais. Por isso é importante exigir-se que a criação das estatais seja autorizada, tão só por lei especial, liberando-se, no entanto, dessa exigência, a extinção dessas empresas, no intuito de agilizar a desestatização que a sociedade julgar necessária.

Emenda de etiqueta 6A0252-2:

Dê-se ao art. 6A09 a seguinte redação:

⁵⁶ A correção se deu somente em 1998, com a edição da Emenda Constitucional nº 19.

⁵⁷ O termo *extinção* não é preciso, pois não identifica se se trata de dissolução empresarial ou de extinção por perda de identidade (empresa pública que vira sociedade de economia mista após a venda de 30% de suas ações, por exemplo, ou sociedade de economia mista cujo controle o Estado perde em virtude da assinatura de um acordo de acionistas, do que é exemplo o caso da venda de ações da CEMIG pelo governo mineiro em 1997, analisado por Eros Grau em parecer publicado na RDA 222).

O art. 18, § 4º do anteprojeto de *Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração* apresentado em 2009 cuida melhor da definição, mencionando “*extinção ou transferência de controle*”, omitindo-se, no entanto, quanto à possibilidade de dissolução.

(...)

§ 1º As empresas públicas e as sociedades de economia mista somente serão criadas por lei, ficando sujeitas ao direito próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

Justificação: O objetivo da emenda é restringir a atuação do Estado como empresário. De fato, no regime de livre iniciativa o Estado não deve substituir a empresa particular, senão em casos excepcionais.

Das três emendas encontradas sobre a questão das subsidiárias, verifica-se que a de etiqueta 6A0252-2 retirou a obrigatoriedade de lei autorizatória para a criação de subsidiárias.

Previamente à votação das emendas, o relator discursou informando terem sido apresentadas 357 emendas, das quais 13 foram acolhidas. De seu discurso, destaca-se o seguinte trecho, do qual se depreende que o § 1º do art. 6A09 não foi alterado no anteprojeto:

A Eletrobrás, Siderbrás, Vale do Rio Doce, Telebrás e principalmente a Petrobrás, são marcos importantes da crescente presença do Estado como agente produtivo. Embora a Petrobrás tenha sido constituída no bojo de uma grande campanha popular, que lastreou sua criação, outras empresas públicas vêm sendo implantadas sem o menor respeito a qualquer norma e ao arripio da cidadania. É por isso que ao Relator pareceu muito mais importante definir como tais empresas podem ser criadas e controladas, que incluir no texto constitucional expressões declaratórias de papel prevalente da livre empresa e complementar do Estado, enquanto a realidade é o inverso disso ou quase o inverso.

Nenhuma empresa estatal poderá ser criada sem prévia lei autorizatória que lhe defina o alcance e a competência, inclusive subsidiárias. Essa é a posição que defendemos. Na palavra lei queremos exprimir a manifestação da vontade da sociedade, adotada através de seus representantes parlamentares, penderes de sanção do Executivo e sob o controle jurisdicional dos tribunais. Nenhum farisaísmo quanto à real presença do Estado, mas o reconhecimento aberto, claro de que essa presença é importante e até insubstituível na fase histórica que estamos vivendo. E mais, que essa presença terá o controle da sociedade que subordina suas decisões às decisões democráticas adotadas na plena observância da lei. *(grifamos)*

Quando da fase de votações, a emenda de etiqueta 6A0252-2 foi aprovada, tendo sido eliminada do anteprojeto da Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica a necessidade de lei para a criação de subsidiárias, donde se conclui pela inexistência de consenso sobre a matéria. Do anteprojeto da Comissão da Ordem Econômica, que consolidou os anteprojeto de três subcomissões (incluindo o da subcomissão aqui investigada), também não constou a previsão de controle parlamentar de criação de subsidiárias.

Durante as discussões que cercaram a Comissão de Sistematização o tema voltou à tona. A emenda 2674 ao Anteprojeto de Constituição, por exemplo, propôs que a “*criação ou*

extinção de empresas públicas e subsidiárias no País ou no exterior” fosse incluída na seção que trata das atribuições do Congresso Nacional.

O fato é que o Substitutivo da Comissão de Sistematização às emendas de Plenário referente ao Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira) passou a prever não só a necessidade de lei para a instituição de subsidiárias, mas também para a participação de estatais em empresas privadas:

Art. 202. A intervenção do Estado no domínio econômico e o monopólio só serão permitidos quando necessários para atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º Somente por lei específica a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município criam empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação, sujeitas, em qualquer caso, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, observado, relativamente às fundações, o disposto no artigo 178, §§ 1º e 2º. **Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias dessas entidades, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada. (grifamos)**

No Projeto de Constituição A, que serviu de base para o 1º turno de votações, o trecho grifado ganhou a locução **em cada caso**: *“Depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias dessas entidades, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”*.

O Projeto B representou o fim do 1º e o início do 2º turno de votações, e seus incisos XIX e XX do art. 38 são, respectiva e exatamente, os mesmos incisos XIX e XX do art. 37 que constou da versão promulgada da Constituição, que não requereu expressamente autorização legal para a extinção de subsidiárias ou de participações estatais.

O histórico apresentado demonstra que, especificamente em relação ao tema da expansão das empresas estatais, venceu o ponto de vista exposto no início dos debates constituintes, o de que era preciso frear a propagação do ramo empresarial do Estado por meio do controle exercido pelo Congresso Nacional sobre a criação de empresas estatais e subsidiárias e de participação dessas em outras sociedades, em cada caso de criação de empresas estatais, em cada caso de criação de subsidiária e em cada caso de aquisição, por empresa estatal, de participação em outras sociedades.

Retomando o exame da ADI 1649, vê-se, portanto, que o item 19 do voto do relator no julgamento da cautelar, ao mencionar as *muitas* subsidiárias já criadas, vem reforçar a necessidade de controle, não afastá-la. Celso Antônio Bandeira de Mello compartilha dessa ideia:

Posto que a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista depende de lei, estas não podem criar subsidiárias nem participar de capital de empresas privadas sem autorização legislativa, expedida caso a caso, conforme, aliás, expressamente prescreve o art. 37, XX. Sem embargo, o STF, em aberta discrepância com tal preceito, deu-lhe, em exame de liminar, interpretação abusiva na ADI 1.649-1-DF, sessão de 29.10.1997, ao indeferir cautelar que postulava a suspensão dos arts. 64 e 65 da Lei 9.478/1997, os quais conferiam genérica permissão à Petrobrás para constituir subsidiárias para operar no setor energético resultante da política nacional do petróleo. Tal decisão foi confirmada em 24.3.2004, ao se julgar improcedente a ação.⁵⁸

O último argumento trazido ao voto do relator da cautelar da ADI 1649 a fim de espancar a necessidade de autorização para cada caso de criação de subsidiária e participação em empresa é, em verdade, a manifestação do relator do projeto que se converteu na Lei nº 9.478, da qual se cuida a seguir.

Nesse sentido, vale a pena mapear também as discussões camerais que precederam a chamada Lei do Petróleo e foram registradas no dossiê do Projeto de Lei nº 2.142/1996, de autoria do Poder Executivo, disponível no *site* da Câmara Federal.

O texto encaminhado pelo Executivo conteve as seguintes disposições sobre a criação de subsidiárias e participação em outras empresas:

Art. 57, § 2º

A PETROBRAS exercerá as atividades petrolíferas reguladas nesta Lei, diretamente ou através de suas subsidiárias, podendo associar-se, em caráter majoritário ou minoritário, inclusive através de suas subsidiárias, com outras empresas, nacionais ou estrangeiras, mediante deliberação de seu Conselho de Administração.

Art. 60

A PETROBRAS é autorizada a criar, transformar, fundir ou cindir, mediante deliberação do seu Conselho de Administração e aprovação da Assembléia Geral, subsidiárias para exercer as atividades relacionadas com o seu objeto social.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 209.

Segundo a exposição de motivos do projeto de lei, elaborada pelo Ministério de Minas e Energia:

Os dois últimos Capítulos do Anteprojeto cuidam da situação da PETROBRAS, que é mantida com os seus objetivos originais, como agente estatal do monopólio, já agora não mais com a exclusividade que lhe conferiu a Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, mas em caráter de livre competição com outras empresas, estatais ou privadas. Mantendo o controle acionário da União sobre a PETROBRAS, a nova Lei proporcionará à estatal brasileira maior flexibilidade de atuação no novo cenário, permitindo-lhe, para isso, criar, transformar, fundir ou cindir subsidiárias para exercer as atividades relacionadas com seu objeto social, além da possibilidade de adotar procedimento licitatório simplificado, segundo normas próprias previamente aprovadas pelo Ministro de Minas e Energia e publicadas no Diário Oficial.

Ao longo da tramitação do referido projeto, pelo menos seis emendas⁵⁹ oferecidas por diferentes deputados demonstraram que os dispositivos do projeto de lei que genericamente permitiam a criação de subsidiárias e a participação em empresas pela Petrobras afrontavam o art. XX do art. 37 da Constituição.

Foram encontrados dois pareceres⁶⁰ emitidos pelo relator do projeto de lei na Câmara. Do primeiro, concluído anteriormente à elaboração do substitutivo, consta que “*se afigura inconstitucional, por afrontar o disposto no inciso XX do artigo 37 da Carta Magna, que exige autorização legal em cada caso, e não de forma genérica*” (grifo no original), a criação de subsidiárias, mediante deliberação de seu Conselho de Administração, para atuar na operação de dutos e embarcações para o transporte de petróleo, gás natural e derivados, equipamentos e instalações portuárias, terminais privativos e tanques de armazenamento, e de exploração, produção, refino, processamento, exportação e importação daqueles produtos.

No segundo parecer, elaborado entre janeiro e março de 1997⁶¹, afirmou o deputado relator que o tratamento da matéria foi feito de forma muito abrangente pelo Executivo. A nova redação proposta reduziria tal abrangência, ao permitir a constituição de subsidiárias

⁵⁹ Emendas 24-CE/96, 206-CE/96 e 269-CE/96 ao projeto de lei e 27-CE/S, 69-CE/S e 195-CE/S ao substitutivo do relator (a emenda 269-CE/96 trata especificamente da possibilidade de a Petrobras associar-se a outras empresas na realização de atividades exploratórias, o que foi previsto no § 6º do art. 18 do projeto original do Executivo, e não necessariamente da constituição de subsidiárias; o deputado, no entanto, propôs a supressão do trecho “*bem como associar-se a outras empresas para desenvolver a exploração de seus blocos*” ao concluir que “*associar-se pressupõe a criação de uma nova entidade jurídica para a qual, à luz dos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal, será necessário obter a aprovação do Congresso Nacional (...)*”.

⁶⁰ Os pareceres fazem referência ao Projeto de Lei nº 1.210/95 como principal, e ao Projeto de Lei nº 2.142/96, entre outros, como apensado, em função de questões regimentais. Em síntese, a questão pode ser explicada pelo fato de aquele ter sido o primeiro apresentado.

⁶¹ A ausência de datas no parecer impede precisar a data de sua elaboração/publicação.

“para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo”^{62,63}. Em seguida, apresentou sua interpretação (justamente aquela consignada pelo ministro relator da ADI 1649 em seu voto) sobre o inciso XX do art. 37 da Constituição:

O disposto no texto constitucional gera controvérsia porque a expressão “em cada caso”, tanto pode se referir a cada ato de criação de subsidiária, quanto “a cada uma das entidades mencionadas no inciso anterior”. No entanto, a dúvida parece não existir pela leitura do inciso anterior, ou seja, o inciso XIX, do mesmo artigo:

(...)

Com efeito, se a intenção fosse exigir autorização legislativa específica, caso a caso, para a criação de subsidiárias de empresas estatais, bastaria adicionar a expressão “e suas subsidiárias” no próprio texto do inciso XIX. Assim sendo, não parece aceitável a interpretação que conduza a concluir que o disposto no inciso XX, em matéria de criação de subsidiárias, seja de teor idêntico - porém com outras palavras - ao que dispõe o inciso XIX do mesmo artigo, no que concerne à criação de empresas públicas e sociedades de economia mista. Pode-se concluir, portanto, que a autorização prevista no art. 65 do Substitutivo não é autorização genérica, mas permissão específica para que a Petrobrás desenvolva as atividades relacionadas com o monopólio da União também, mediante constituição de subsidiárias, de modo a ficar dotada de ampla flexibilidade empresarial, para competir e associar com outras empresas, cujos investimentos se pretende atrair.

No entanto, os motivos que moldaram o inciso XX do art. 37 da Carta Política vão de encontro a essa interpretação, conforme apontado anteriormente.

Por fim, o relator do projeto de lei argumentou em favor da segurança jurídica (“*Torna-se, assim, desejável que o Poder Legislativo tenha consistência em suas decisões sobre questões afins*”), ao lembrar que, dois anos antes, o Congresso Nacional havia aprovado lei com o mesmo permissivo sobre constituição de subsidiárias (Lei nº 9.074/95), e invocou ainda a proposta de emenda constitucional sobre a reforma administrativa que “*já aprovada pela Comissão Especial que examina a matéria na Câmara dos Deputados, aperfeiçoa o texto do art. 37 da Constituição, eliminando de vez a controvérsia suscitada*”⁶⁴.

⁶² No substitutivo, o tópico foi assentado no art. 65: “*Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas*”. Exceto pela numeração, o dispositivo não foi modificado posteriormente, assim constando do atual art. 64 da Lei nº 9.478/97.

⁶³ Observe-se que a proposta é endereçada somente à constituição de subsidiárias, e não à participação destas em outras empresas.

⁶⁴ O relator mencionou ainda o que Poder Executivo, ao ter encaminhado à Câmara em, 29/11/1995, o projeto de lei que buscava regulamentar a quebra do monopólio das telecomunicações (PL 1287), teria se baseado no fato de a controvérsia sobre a criação de subsidiárias não ter sido suscitada quando da tramitação do projeto que se converteu na Lei nº 9.074, de 07/07/95, em que pese, conforme explicado neste tópico, esta tratar de consórcios, não de subsidiárias.

Em primeiro lugar, é preciso observar que a Lei nº 9.074/95 não trata exatamente da constituição de subsidiárias, e sim de consórcios, uma das modalidades de interação exclusivamente contratual: “*Nestas, às quais chamamos parcerias empresariais contratuais, não há participação societária recíproca entre as sociedades contratantes*”⁶⁵.

Outrossim, a controvérsia não foi eliminada, pois a chamada reforma administrativa, operada pela Emenda Constitucional nº 19/98, cuja origem encontra-se na PEC 173/95, não modificou o inciso XX do art. 37 da Constituição, embora a proposta do Executivo tenha proposto que esse dispositivo não se aplicasse à criação de subsidiária de empresa pública ou sociedade de economia mista “*cujas finalidades sejam o desempenho de atividades diretamente relacionadas com as atividades da empresa matriz*”.

Exceto pela numeração dos artigos, o substitutivo aprovado pela Câmara não sofreu alterações no Senado em relação à matéria aqui tratada, de modo que os artigos 65 e 66 daquele são, respectivamente, os artigos 64 e 65 da Lei nº 9.478/97.

Concluindo a análise do voto do relator da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1649, informa-se que ele concluiu pelo indeferimento do pedido. O pedido de medida cautelar foi indeferido por unanimidade no Pleno.

No *site* do STF é possível acessar, além do voto do relator, também o voto de dois outros ministros, o primeiro dos quais, a propósito, foi signatário, quando Ministro de Estado da Justiça, da exposição de motivos que acompanhou a já mencionada PEC 173/95 (“PEC da Reforma Administrativa”), donde constou a proposta de não aplicação do controle parlamentar previsto no art. 37, XX, da Constituição à criação de subsidiária de empresa pública ou sociedade de economia mista – o mesmo ministro foi também deputado constituinte, atuando como suplente da Subcomissão do Poder Legislativo, da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo e titular da Comissão de Sistematização.

No primeiro voto que se segue ao do relator do pedido de medida cautelar, o ministro reconhece que a Constituição buscou restringir, pelo menos em parte, a intervenção econômica:

⁶⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart. Sociedade subsidiária integral. In: BOTREL, Sérgio (Coord.). *Direito societário: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 345.

O disposto no art. 37, inciso XIX da Constituição, foi exatamente a forma pela qual criou-se (*sic*) 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 lei para criar, porque na criação da entidade pública é que se interviria na atividade econômica; para sair da atividade econômica, não haveria a necessidade.

Todavia, sua conclusão em relação à constituição de subsidiárias é diferente:

É evidente que a interpretação do eminente Ministro-Relator, no que diz respeito ao inciso XX do art. 37 da Constituição Federal, é absolutamente consistente, ou seja, a dependência da autorização legislativa não é para a 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 abrir 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 9.478, com uma forma um pouco distinta.

Aqui novamente um ministro do STF conclui ser evidente uma interpretação sem apresentar os fundamentos para tanto. Em suma, defende a mera necessidade da autorização genérica. O argumento mais claro por ele aduzido é o seguinte:

Pretender exigir leis específicas para a criação de subsidiária é condenar, efetivamente, a atividade econômica de uma empresa estatal, como a Petrobrás, à morte, uma vez que não terá condições de alocar recursos do mercado para seus investimentos.

Além de consequencialista⁶⁶, o argumento, que não vem sem certo exagero, não se sustenta, pois não contém elementos que efetivamente comprovem que o controle parlamentar sobre a criação de subsidiárias⁶⁷ inviabiliza “*alocar recursos do mercado*” para investimentos.

⁶⁶ “O consequencialismo e o ativismo judicial, na busca pela integração norma e realidade e concretização dos direitos fundamentais podem ser vistos como posturas adequadas a atingir os fins do neoconstitucionalismo. Pesquisas demonstraram, entretanto, que ambos podem também terminar sendo utilizadas como simples rótulo de decisões fundadas em convicções pessoais do órgão julgador (o chamado *decisionismo*), em descompasso com a ideia do Estado Constitucional”. MESQUITA, Máira de Carvalho Pereira. Consequencialismo e interpretação. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3664, 13 jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24808>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

⁶⁷ Frise-se que o constituinte propôs um **controle** sobre a criação de subsidiárias, e não a **proibição** de criação de subsidiárias.

Afinal, a criação de subsidiárias é apenas uma das formas que uma sociedade possui de alocar recursos (emissão de dívida, contratação de financiamentos e oferta pública inicial são alguns exemplos).

O último voto disponível no arquivo referente à medida cautelar na ADI 1649 basicamente limita-se a concordar com o relator, afirmando “*O que a Constituição exige é a autorização legislativa para a criação de subsidiária, vale dizer, em cada caso que se torne necessária tal criação*”.

A análise do primeiro dos três votos disponíveis da decisão final da ADI 1649 traz informações úteis a esta análise. Segue excerto do primeiro ministro a se manifestar, após o voto do ministro relator (que não inova substancialmente em relação ao voto de indeferimento da medida cautelar):

Entendo que a exigência de lei específica de que trata o inciso XIX do art. 37 alcança o inciso XX, porque a Constituição diz que “depende de autorização legislativa, em cada caso”, ou seja, a Constituição se desejou casuisticamente aplicada. A cada nova empresa subsidiária, portanto, há necessidade de uma lei específica, tanto quanto do art. 37, inciso XIX, para que, mediante essa lei monotemática – digamos –, monofinalista, o legislador pudesse se concentrar ao máximo no exame da criação de uma subsidiária. É uma lei monotemática de máxima concentração material pela importância do assunto. E justifico, penso ser lógico raciocinar assim, porque a Constituição já havia dito que atividade econômica, art. 170, parágrafo único, é própria da iniciativa privada. Assim como o serviço público é próprio do Poder Público, atividade econômica é própria da iniciativa privada. São dois comandos claríssimos da Constituição. Entretanto, no art. 173, a nossa Lei das Leis permite que o Estado, em caráter excepcional, quebre a força do parágrafo único do art. 170, empresarie atividades econômicas e assim concorra com os particulares, mas em casos excepcionais, quando presentes ou o relevante interesse coletivo ou o imperativo da segurança nacional. Logo, está lógico o porquê da exigência da lei específica para autorizar a criação de subsidiária, porque o Estado, ao criar uma subsidiária, está ocupando um espaço que não é dele, mas de iniciativa privada, um espaço estranho aos cometimentos estatais. Acho que está muito claro.

No caso, porém, vou concordar com a conclusão do voto de Vossa Excelência porque esse circuito todo da produção petrolífera, a cargo da Petrobrás, foi excluído da iniciativa privada pelo art. 177: pesquisa, lavra, refinação, importação, transporte, ou seja, também a Constituição se fez detalhista para alcançar todo o circuito de lavra, de produção, de distribuição, de transporte. Então, nesse caso – em uma linguagem mais simplificada, o petróleo foi excluído do rol de atividades cometidas pela Constituição à iniciativa privada. Então, cai o fundamento que me levaria a discordar do voto de Vossa Excelência. Petróleo não se trata de atividade deferida ao empresariamento privado, e, sim, de atividade monopolizada pela União.

Por isso, não vejo mais razão de ser para se exigir a lei específica quando se trata de criação de subsidiárias da Petrobrás.

Ou seja, o ministro, por motivos diferentes, concorda inteiramente com os autores, no entanto a consideração a respeito do monopólio do petróleo o faz indeferir o pedido. Ocorre que a consideração não se mostra correta. Em 24/03/2004, data do julgamento em plenário da ADI 1649, havia quase dez anos de promulgação da Emenda Constitucional nº 9/95, que promoveu a flexibilização do monopólio do petróleo, não havendo, na data do julgamento, razão para se afirmar que atividades da indústria do petróleo não poderiam ser exercidas pela iniciativa privada.

O ministro seguinte, em seu voto, basicamente registrou não *potencializar* a utilização do vocábulo *caso*, no mais acompanhando o relator. No último dos votos disponíveis, trata o ministro do caso das subsidiárias de subsidiárias (“*autorizada pela lei a criação da empresa subsidiária, as sub-subsidiárias desta não estão submetidas à exigência de lei específica, em cada caso*”). O voto encontrou-se fora de contexto, ao não atacar a questão fundamental da criação das subsidiárias de *holdings*; além disso, como já explicado, o entendimento esposado não pode prosperar, pois seria uma forma de burla ao mandamento constitucional.

4.2. POSICIONAMENTO DA DOUTRINA

Em geral, a doutrina posiciona-se favoravelmente à flexibilidade que a autorização genérica para a constituição de subsidiárias de estatais e de sua participação em empresas privadas confere.

Alguns autores, como José Edwaldo Tavares Borba, Arnaldo Wald⁶⁸, José Cretella Júnior e Caio Tácito⁶⁹ limitam-se a defender tal ponto de vista com base em uma interpretação semântica do art. 37, XX, da Constituição, interpretação essa não muito distante daquela adotada no voto condutor da ADI 1649, que eliminou o critério de especificidade determinado pela Lei Maior.

Outros, por sua vez, apresentam justificativas de cunho prático para a defesa desse posicionamento em prol da flexibilidade. José Vicente Santos de Mendonça, por exemplo,

⁶⁸ Ambos citados em ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa público-privada. *Revista dos Tribunais*, ano 98, n. 890, pp. 33-68, dez. 2009.

⁶⁹ Os dois últimos, conforme citados nos relatórios da ADI 1649 (cautelar e decisão final).

comentando sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal na referida ação, trata da possibilidade de inviabilização da estatal:

O Supremo decidiu de modo pragmaticamente correto. Sem que seja necessário se apoiar exclusivamente na opinião de importantes juristas, a verdade é que as consequências práticas de entendimento que exigisse um projeto de lei para a constituição de cada subsidiária de empresa pública ou sociedade de economia mista geraria, em termos econômicos, disparidade praticamente insuperável em relação às demais empresas privadas não integrantes da Administração Pública. Se o propósito primordial das estatais é concorrer no mercado privado com outras empresas, é inviável submetê-las, a cada participação ou criação de subsidiária, à exigência da aprovação de projeto de lei.

O argumento do debate público deve ser reconduzido ao momento da aprovação da lei que autoriza a constituição da matriz, preferencialmente deixando-se claro o que está pretendendo fazer: autorizar, também, a criação de subsidiárias.

Posicionamento semelhante pode ser encontrado em artigo de Murillo Giordan Santos⁷⁰, que trata especificamente do controle sobre a participação minoritária do Estado em empresas privadas:

(...) essa participação, de acordo com o postulado na Constituição Federal, somente pode ser feita se precedida de autorização legislativa (Art. 37, XX). Ocorre que tal controle só seria efetivo se o consentimento legislativo fosse realizado caso a caso, o que implicaria manifestação do Congresso Nacional toda vez que uma empresa pública resolvesse adquirir participação em empresa privada. Dessa forma, seria possível aferir de forma transparente a utilidade pública buscada com o investimento pretendido, o que poderia evitar acordos escusos e malversação.

Ocorre que a manifestação casuística e prévia do Parlamento a cada uma dessas operações inviabilizaria a própria atividade de investimento, pois implicaria inevitavelmente atraso da medida a ser tomada, o que é incompatível com o ambiente competitivo em que essas operações estão inseridas. Conforme esposado anteriormente, a atuação das estatais e constituição de empresas semiestatais exige flexibilização da forma jurídica de atuação.

Este último autor propõe interessante ponderação ao confrontar a importância da transparência que seria propiciada pelo controle parlamentar sobre a aquisição de participações minoritárias à alegada inviabilização de investimentos que esse mesmo controle causaria.

As opiniões assemelham-se àquela aduzida no voto do julgamento da cautelar na ADI 1649 que secundou o voto do relator. Conforme exposto quando da análise do mencionado voto, não se entreveem razões que possam inviabilizar o processo de criação de subsidiárias

⁷⁰ SANTOS, Murillo Giordan. Controle das empresas semiestatais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 52, n. 208, out./dez. 2015. p. 61-79.

ou de participações societárias em empresas particulares ao condicionar tais decisões à participação do Poder Legislativo. Registre-se, ainda, em relação ao exposto pelos autores, que uma grande diversidade de empresas estatais não concorre no mercado (BNDES, FINEP, EPL, Casa da Moeda, etc.).

Lembre-se que a versão original, conforme remetida pelo Poder Executivo à Câmara, da PEC 173/95, que resultou na incorporação da eficiência entre os princípios a serem respeitados pela Administração Pública, propôs a inclusão do seguinte dispositivo na Constituição:

Art. 249. O inciso XX do art. 37 não se aplica à criação de subsidiária de empresa pública e sociedade de economia mista cuja finalidade seja o desempenho de atividades diretamente relacionadas com as atividades da empresa matriz.

Como se sabe, tal dispositivo não foi aprovado, de modo que o princípio da eficiência passou a coexistir com a necessidade de autorização legal para cada constituição de subsidiária e cada participação minoritária do Estado. Conclui-se que o Poder Constituinte Derivado determinou que o Poder Executivo seja eficiente nessas operações, porém sua atuação deve demonstrar eficiência nos estritos limites por aquele consignados na Lei Maior.

Carolina Barros Fidalgo⁷¹, depois de apresentar a decisão do STF na ADI 1649, relaciona uma série de razões, além da já analisada alegação de inviabilidade, para se afastar o controle parlamentar do art. 37, XX, da Constituição:

Também não nos parece que a Constituição Federal exigiria uma autorização específica para a criação de cada subsidiária ou para cada participação societária em sociedades privadas. Além de tornar mais moroso o processo, podendo, inclusive, inviabilizá-lo, a depender do caso concreto, tal interpretação também afetaria o sigilo necessário a essas operações, além de aumentar a influência político-partidária sobre elas.

A participação em outras sociedades e a criação de subsidiárias são operações intrínsecas à exploração de atividade econômica sob a forma de empresa. Muito embora se trate de intervenção na iniciativa privada, a nosso ver, o interesse público que autoriza a criação de uma sociedade estatal, autoriza também a criação de subsidiárias e participação em outras sociedades, na medida em que essas operações sejam condizentes com o seu objeto social. A opção pela intervenção naquele setor específico é realizada pelo Legislador quando da autorização para a criação da sociedade estatal.

A criação de subsidiárias ou a participação em sociedades privadas por empresas estatais, desde que para a exploração da atividade definida na lei de autorização,

⁷¹ FIDALGO, Carolina Barros. *Op. cit.*, p. 119.

constitui uma decorrência da lógica empresarial, sendo, portanto, operações inerentes à adoção do formato societário de direito privado. Esses instrumentos societários deverão apresentar alguma relação com a atividade realizada pela sua matriz e com o interesse público que fundamenta a atuação direta do Estado em um setor submetido à livre iniciativa.

Observa-se que a manifestação baseia-se no fato de que a participação societária e a constituição de subsidiárias decorrem da lógica empresarial, que guiaria as empresas estatais. Entretanto, conforme já visto, a lógica empresarial não se aplica em sua inteireza às empresas estatais, que são, em verdade, entidade híbridas, tanto sujeitas a limitações e vicissitudes de direito público quanto destinatárias de instrumentos próprios do direito privado.

O primeiro argumento aduzido pela autora refere-se à morosidade que a necessidade de autorização legislativa confere ao processo de criação de subsidiárias ou de participações societárias em empresas particulares. Com efeito, tal necessidade torna o processo menos flexível, todavia, essa foi a escolha do constituinte⁷². Acrescente-se que o **tempo** da atividade estatal é diferente daquele da atividade privada, pois o complexo conteúdo da categoria principiológica *interesse público*, razão de ser de todos os atos praticados pelas empresas estatais, requer maior atenção e ônus argumentativo que o ato praticado em função de interesses estritamente privados.

O aumento da influência político-partidária sobre operações de criação de subsidiárias e participação em sociedades privadas também é uma preocupação manifestada por aquela autora.

Neste trabalho, é proposta uma análise alternativa para a compreensão dessa influência, tendo como base dois conceitos para os quais Aldo Musacchio e Sergio Lazzarini chamam atenção: o *compadrio* decorrente da atuação do Estado como empreendedor e o uso de empresas estatais para *patronagem*.

De acordo com os autores, *compadrio* é “o mecanismo pelo qual atores privados com ligações políticas recebem favores do Estado”, e por *patronagem* referem-se “não só ao

⁷² Lembre-se, por exemplo, que o constituinte também tornou obrigatória a realização de concursos públicos para a contratação de empregados de estatais.

favorecimento de eleitores e de empresas, mas também, com mais especificidades, à nomeação de pessoal nas empresas para favorecer membros da coalização dominante”⁷³.

A influência político-partidária pode estar presente nos dois fenômenos: tendo em vista a proximidade entre certos grupos empresariais e certos partidos políticos, o compadrio, ao favorecer atores privados, acaba por favorecer também agentes políticos; a constatação dessa influência na patronagem é ainda mais evidente, dada sua própria definição. Nota-se que o efeito de ambos os fenômenos é uma espécie de desvio de finalidade da empresa estatal que, mister se faz frisar, existe para, em tese, perseguir o interesse público, e não interesse particular.

Felix Lopez e Sérgio Praça também tratam da patronagem em estudo sobre os critérios adotados nas nomeações para cargos de confiança do Governo Federal⁷⁴:

Não há dúvida de que muitas das nomeações indicam politização por patronagem, não por políticas públicas. Mais do que isso, em muitos setores, politizar é quase equivalente a um exercício explícito de patrimonialização do Estado. Essa prática, contudo, se concentra, sobretudo, nas franjas da administração pública federal, notadamente nas estatais (potencialmente, fundos de pensão), em que o controle formal sobre as condutas dos agentes públicos é mais débil (JEFFERSON, 2006). O caso das estatais é exemplar de como a patrimonialização pela via da politização contamina a imagem geral que se tem do processo de nomeação dos quadros ministeriais nos demais setores do Executivo.

(...)

O quarto grupo são as estatais. Aqui reside um dos maiores filões de atração político-partidária, em particular pelo potencial econômico que tais empresas carregam e o potencial de patrimonialização a que estão sujeitos. Deter o controle de setores de estatais pode apaziguar setores inteiros dentro de bancadas partidárias. Exemplos não faltam e boas descrições se encontram em Jefferson (2006) e diversos relatórios de Comissões Parlamentares de Inquérito, essa fonte inesgotável de material empírico sobre formas e lógicas de imbricamento entre política e burocracia na administração brasileira.

As estatais, sim, sofrem forte disputa político-partidária motivadas por um tipo especial de patronagem, visando a extrair recursos públicos para alimentar legendas partidárias e seus membros. Nas estatais se concentram os principais casos de corrupção que contagiam o imaginário sobre fraudes e práticas ilícitas associados à lógica das nomeações. Grande parte do interesse das

⁷³ “Definimos capitalismo de Estado como a influência difusa do governo na economia, seja mediante participação acionária minoritária ou majoritária nas empresas, seja por meio do fornecimento de crédito subsidiado e/ou de outros privilégios a negócios privados” (grifo no original). MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sérgio G. *Reinventando o capitalismo de Estado: O Leviatã nos negócios: Brasil e outros países*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015. p. 10.

⁷⁴ LOPEZ, Felix; PRAÇA, Sérgio. Como são nomeados cargos de confiança no governo federal?, in BASSOTTI, Ivani; SOUZA, Sandra; SANTOS, Thiago. *Uma nova gestão é possível*. São Paulo: Fundap, 2015. pp. 161-177.

estatais decorre do excessivo volume de recursos em contratos e de investimento associado à baixa capacidade pelo sistema oficial de controles da burocracia.⁷⁵

Vê-se que o compadrio e a patronagem podem manifestar-se tanto no âmbito de uma subsidiária quanto no âmbito de uma participação minoritária, inclusive simultaneamente:

- Tanto a subsidiária quanto a empresa participada, a depender, neste caso, do nível de influência que a participação acionária concede à *holding*, podem ser utilizadas para o favorecimento de determinados atores privados, caracterizando o compadrio.
- Tanto a subsidiária pode ser loteada por indicações políticas, como a *holding* pode fazer indicações políticas para os órgãos estatutários ou para a diretoria da empresa participada, caracterizando a patronagem.
- A própria decisão de aquisição de participação minoritária pode consistir de favorecimento, como, por exemplo, alguns casos de conversão de dívida de empresa insolvente em participação acionária.

Diante do exposto, busca-se demonstrar que os efeitos negativos da influência político-partidária são mais perniciosos no âmbito da subsidiária e da empresa público-privada já constituídas, e não necessariamente no momento que antecede sua criação.

É possível argumentar, naturalmente, que a própria participação legislativa nesse momento antecedente pode inquirar a decisão daí decorrente, na medida em que o parlamentar pode condicionar a autorização para a criação de subsidiárias e a participação em outras sociedades à obtenção de vantagens pessoais, inclusive a nomeação de aliados ou o favorecimento de determinados grupos empresariais com os quais mantém ligação nas entidades a serem criadas.

Há que se reconhecer, todavia, que toda relação mantida entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo está sujeita a esse risco. Também é forçoso reconhecer que esse risco é impossível de ser eliminado, tendo em vista a natureza dúbia do *voto*.

⁷⁵ A fonte bibliográfica a que os autores se referem é JEFFERSON, Roberto. *Nervos de aço*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

Explica-se: o Poder Legislativo é fundamentalmente o *locus* do voto – no caso brasileiro, do *voto não motivado*, o que inviabiliza sua sindicabilidade⁷⁶. Assim, pode o Congresso decidir sobre um projeto de lei de forma ilegítima, pautando-se pelo atendimento de interesses pessoais, mas pode a decisão desse mesmo Congresso resultar legítima, na medida em que se origine de reflexão sobre o impacto econômico e social decorrente da aprovação da lei sobre seus destinatários.

Em outras palavras, a influência político-partidária nas decisões afetas à expansão de estatais pode ser positiva, e não necessariamente uma fonte de preocupação. Nessa ordem de ideias, reputa-se que um sistema no qual a decisão de expansão das empresas estatais seja deliberada por um colegiado externo fornece uma melhor gestão de riscos, do que aquele em que essa decisão é tomada isoladamente pelo Poder Executivo (seja por meio decreto ou por meio de decisão do Conselho de Administração da estatal).

Outrossim, aumentam tanto as chances de algum parlamentar, ou grupo de parlamentares, demonstrar a falta de necessidade da subsidiária ou da participação, bem como as chances de ele convencer seus pares, evitando-se eventuais excessos e defendendo-se o erário nos casos em que se possa evidenciar que a constituição da subsidiária ou a participação sejam maus negócios.

A possibilidade de o Poder Executivo autonomamente criar subsidiárias e participar de empresas privadas denota uma grande concentração de poder econômico, sobretudo considerando-se que mesmo a participação minoritária pode conferir ao Estado a posição de controlador, resultando em um *controle societário estatal disfarçado*⁷⁷.

Os riscos da concentração de poder econômico no Poder Executivo são demonstrados em artigo de 2011 escrito por Susan Rose-Ackerman, Diane A. Desierto e Natalia Volosin, no qual tratam de alguns aspectos da tendência expansionista do poder político. Veja-se o texto introdutório do artigo, que levanta questões bastante atuais:

⁷⁶ Não foi objeto deste trabalho o estudo de Direito Comparado a fim de conhecer o *modus operandi* de outros sistemas legislativos.

⁷⁷ Em relação ao assunto, GUEDES, Filipe Machado. *Op. cit.*, p. 219.

Politicians have an incentive to enhance their power by creating institutions that give them greater freedom to act and by undermining institutions designed to check their influence. Presidents are particularly likely to test the limits of their power. Legislators must compromise in order to pass statutes. Judges are aware that the executive or the legislature may refuse to comply with their rulings. An independently elected President, in contrast, can sometimes act without seeking legislative approval or provoking judicial constraints. Although Presidents are generally subject to impeachment, this is almost always an extraordinary remedy invoked only in response to a crisis⁷⁸. (*grifamos*)

O trecho é a introdução de um artigo sobre a concentração de poderes no Poder Executivo e a patologia da separação de poderes sem freios e contrapesos, e apresenta diversos casos em que esse poder elimina controles em nome da intervenção econômica. Para a autora, tanto a criação de instituições que proporcionam liberdade de atuação como o enfraquecimento de controles seriam atitudes esperadas de políticos, pois aumentariam seu poder.

As empresas estatais brasileiras enquadram-se perfeitamente naquela categoria de instituições, haja vista todo o discurso de flexibilidade adotado pela doutrina e pela jurisprudência para justificar a existência do Estado-empendedor.

Além disso, pelo menos no caso brasileiro, as próprias empresas estatais podem ser usadas como instrumento de debilitação do mecanismo de freios e contrapesos em virtude dos mencionados fenômenos de compadrio e patronagem, que, em última análise, acabam por gerar a cooptação do Congresso Nacional, retirando efeito aos arts. 49, X, e 70 da Constituição, tornando espúrias as relações entre os poderes e ferindo a independência que deveriam caracterizá-las, nos termos no art. 2º da Constituição Federal.

Em relação à mencionada possibilidade de o Congresso legislar em causa própria quando da autorização para a expansão da empresa estatal, registre-se que a Lei nº 13.303/16 (Lei de Responsabilidade das Estatais) criou regras para a nomeação de conselheiros de administração, conselheiros fiscais, diretores e presidentes de estatais, que devem cumprir requisitos como formação acadêmica compatível com o cargo, experiência profissional e reputação ilibada. Conforme observado por Irene Nohara, “*ainda que se tenha tentado fechar*

⁷⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan, Hyper-Presidentialism: Separation of Powers without Checks and Balances in Argentina and the Philippines (2011). *Faculty Scholarship Series. Paper 4155*. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4155>. Acesso em: 21 mai. 2017.

as indicações, mesmo diante dos novos parâmetros, nada obsta a nomeação de técnico alinhado a interesses políticos escusos”⁷⁹.

Retomando a análise do excerto da obra “*O Estado empresário*”, observa-se também a preocupação com o sigilo que seria necessário nas operações de criação de subsidiárias e aquisição de participação em empresas privadas.

É preciso cuidado com o discurso do sigilo em empresas estatais. A um, porque a quantidade de recursos geridos é bastante significativa: somente em 2016, a despesa do orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detém a maioria do capital social com direito a voto foi prevista em quase R\$ 100 bilhões, e o valor não inclui eventuais empréstimos a serem eventualmente proporcionados pela União. A aplicação indistinta do manto do sigilo sobre tal orçamento é temerária.

Os ativos das 154 estatais somam algo em torno de R\$ 4,7 trilhões, e seu orçamento de custeio para 2017 alcançou R\$ 1,3 trilhão⁸⁰. Somente o setor financeiro estatal federal responde por mais da metade das participações no total de operações de crédito do consolidado bancário nacional⁸¹.

O abuso na alegação de sigilo pode ser ilustrado com a atuação do BNDES. Embora atue no empréstimo de recursos subsidiados, o que significa um alto custo para a sociedade⁸², a instituição alega sigilo em suas operações de crédito. Para tanto, vale-se da Lei Complementar nº 105/01, que regulamenta o sigilo bancário aplicável a instituições financeiras. Ocorre que, além de o BNDES, em sua essência, não ser um banco, pois seu custo de captação não reflete o custo de mercado, tal alegação de sigilo impede que a sociedade, que em última instância financia a instituição por meio de impostos e poupança compulsória, acompanhe e avalie sua gestão.

⁷⁹ NOHARA, Irene Patrícia. *Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos*. Disponível em: <www.direitoadm.com.br>. Acesso em: 25 mai. 2017.

⁸⁰ HESSEL, Rosana. Empresas estatais devem cortar pelo menos 20 mil funcionários. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 7 mai. 2017. Disponível em <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/05/07/internas_economia.867347/empresas-estatais-devem-cortar-pelo-menos-20-mil-funcionarios.shtml>. Acesso em: 16 jun. 2017.

⁸¹ Perfil das Empresas Estatais 2015 - Ano-base 2014.

⁸² OLIVEIRA, Ribamar. Subsídios ao BNDES vão custar R\$ 323 bi até 2060. *Valor Econômico*, São Paulo. Disponível em: <<http://www2.valor.com.br/brasil/4429026/subsidios-ao-bndes-vaocustar-r-323-bi-ate-2060>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

Lembre-se que o BNDES foi criado em 1952 como uma autarquia federal⁸³. Somente com a edição da Lei nº 5.662/71 a instituição foi enquadrada como empresa pública. Vê-se, assim, que a concessão de crédito subsidiado não depende da forma empresarial. Por anos, a agroindústria canavieira brasileira, por exemplo, contou com financiamentos subsidiados pelo Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA), uma autarquia federal⁸⁴.

A dois, porque a relação entre empresas estatais e empresas privadas nem sempre segue a lógica empresarial, na medida em que aquelas, ao promoverem superfaturamentos e outras ilicitudes, acabam por transferir parte dos dividendos devidos aos acionistas (sobretudo à União, ora controladora, ora proprietária integral) a não acionistas, conforme tem demonstrado a Operação Lava Jato.

É preciso lembrar que, de acordo com a Lei de Acesso a Informações, a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção é diretriz a ser seguida pela Administração Pública. Note-se, todavia, que, além das exceções previstas na própria Lei nº 12.527/11, a Lei de Responsabilidade das Estatais (LRE) também permite restrições ao acesso a informações em casos de sigilo comercial ou estratégico.

Ocorre que sigilo *comercial* é termo bastante impreciso e abre caminho para que as estatais se escusem de dar publicidade a todas as operações tidas como comerciais. Em relação ao sigilo *estratégico*, a indeterminação é ainda maior. A própria LRE estabeleceu que “*Os critérios para a definição do que deve ser considerado sigilo estratégico, comercial ou industrial serão estabelecidos em regulamento*”. O regulamento ainda não foi editado, mas adianta-se ser impossível tornar objetivo o conceito de *estratégico*.

⁸³ Foi criado como Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE). O nome atual foi atribuído pelo Decreto-Lei nº 1.940/82.

⁸⁴ RAMOS, Pedro. Financiamentos subsidiados e dívidas de usineiros no Brasil: uma história secular e... atual? *História Econômica & História de Empresas*, v. XIV, n. 2 (2011), pp. 7-32. Disponível em: <<http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201211011220280.Pedro%20Ramos%202011.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

Nessa ordem de ideias, vale transcrever advertência de Carlos Ari Sundfeld⁸⁵ quanto a importância da transparência nas operações societárias das empresas estatais:

Se alguma advertência mais geral se pode fazer sobre o uso dessas parcerias empresariais e quase-empresariais pela Administração é quanto à necessidade de muita transparência e clareza, seja na criação das políticas que vão ser executadas por meio dessas parcerias, seja na escolha dos parceiros e dos termos dos acordos a serem celebrados com eles, seja ainda no acompanhamento e avaliação do resultado dessas parcerias no médio e longo prazo. Há riscos nessas intimidades entre Estado e empresas escolhidas.

Diante do exposto, não é correto tratar o sigilo como regra em empresas estatais. No que interesse a este trabalho, vale mencionar o novo formato do procedimento concorrential adotado Petrobras em seus desinvestimentos, estabelecido com base no Acórdão nº 422/2017 do plenário do Tribunal de Contas da União (TCU). De acordo com o relator do julgado:

27. A esse respeito, a nova versão da sistemática prevê que a publicidade dos atos passa a ser a regra, devendo as exceções serem aprovadas pela Diretoria Executiva, nos casos em que possa haver prejuízos financeiros à entidade. De fato, isso representa um avanço significativo nos procedimentos em questão. O sigilo, além de obstar o controle social dos atos, restringe a possível participação de outros agentes interessados na aquisição dos ativos ou empresas, o que tende a ser contrário à obtenção de condição mais vantajosa para estatal.

28. A modificação realizada pela Petrobras contempla ainda a divulgação de informações mediante a publicação de anúncios de fatos relevantes ou de comunicados ao mercado, nos termos da legislação de mercado de capitais aplicável, bem como a disponibilização, no sítio da companhia na internet, das seguintes etapas: teor do **teaser**, início da fase vinculante e da não vinculante, concessão de exclusividade para negociação, aprovação interna (Diretoria Executiva, Conselho de Administração e Assembleia Geral Extraordinária) e **closing**. (*sublinhamos*)

Ou seja, a empresa passou a dar publicidade a suas intenções de venda de ativos, o que inclui a formação de parcerias societárias (veja-se, por exemplo, o caso da Petrobras Gás S.A. (Gaspetro), que teve 49% de seu capital vendido à Mitsui, já no âmbito do programa de desinvestimentos da Petrobras), sem que se tenha notícia da inviabilização dos negócios.

Cabe lembrar que diversas operações de fusões e aquisições, mesmo depois de negociadas, ficam sujeitas à aprovação de órgãos reguladores. É o caso, por exemplo, das fusões cuja consumação depende de aval do CADE ou de agência que regulam o setor envolvido.

⁸⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias entre Estado e particulares: conquistas e desafios, *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014. p. 249.

Assim, caso o Poder Executivo logre efetivamente comprovar que a ausência de sigilo pode resultar em prejuízo em eventual constituição de subsidiária ou aquisição de participação societária, não é necessário afastar o mandamento constitucional do art. 37, XX, da Constituição, ou seja, a autorização legislativa seria o ato que ratificaria a negociação até então travada, caso o Congresso Nacional concordasse com a operação.

Em síntese: o que é por vezes visto como um risco – divulgação de operações de expansão da empresa estatal – pode ser visto, em verdade, como uma vantagem proporcionada pela necessidade de autorização legislativa.

No excerto analisado da obra “*O Estado empresário*”, o objeto social e a atividade definida na lei de autorização são considerados limitações à expansão da empresa estatal. Como a questão também foi abordada na ADI 1649 e por outros doutrinadores, reserva-se tópico específico seu exame.

4.3. OBSERVAÇÃO SOBRE OS LIMITES IMPOSTOS PELO ESTATUTO SOCIAL

Conforme visto, a expressão “*para o estrito cumprimento de atividades de seu **objeto social** que integrem a indústria do petróleo*” (grifamos) foi adotada no art. 64 da Lei nº 9.478 com a finalidade de limitar a criação de subsidiárias pelas Petrobras, embora a leitura integral do aludido artigo permita concluir que o objeto social da Petrobras limita tão somente o raio de abrangência da criação de subsidiárias, mas não a participação dessas em outras empresas.

Com fundamento no **objeto social delimitado em lei**, Marçal Justen Filho, analisando a emenda da ADI 1649, ofereceu uma interpretação *mitigada* da liberdade concedida pelo STF:

A decisão do STF reputou válida a autorização genérica para a proliferação de entidades **quando tal envolver o desempenho da atividade empresarial disciplinada na lei autorizadora**. A existência de uma única empresa estatal ou a criação de controladas será considerada como uma opção organizacional compreendida na autorização legislativa. Admite-se a criação de uma única ou de uma pluralidade de pessoas jurídicas para o **desempenho das atividades compreendidas na autorização legislativa**.⁸⁶ (grifamos)

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 293.

A questão recebeu tratamento mais apurado na Lei de Responsabilidade das Estatais (Lei nº 13.303/16), regulamentada pelo Decreto nº 8.945/16⁸⁷. A seguir, transcrevem-se as disposições sobre o assunto:

Art. 2º A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

§ 1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia **autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional**, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.

§ 2º Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, **cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora**, nos termos do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal.

§ 3º A autorização para participação em empresa privada prevista no § 2º não se aplica a operações de tesouraria, adjudicação de ações em garantia e participações autorizadas pelo Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias.

Vê-se de plano que o § 1º do art. 2º complementou o inciso XIX do art. 37 da Constituição. Embora já existisse a necessidade de vinculação entre esse comando e os requisitos do art. 173 do mesmo diploma, estabelece a lei que os conceitos jurídicos indeterminados de “relevante interesse coletivo” ou de “imperativo de segurança nacional” sejam indicados de forma clara. Apesar do avanço redacional, a medida não deve surtir efeito em virtude da opção, pelo Supremo Tribunal Federal, pela autocontenção no que concerne à aferição de alguns conceitos indeterminados⁸⁸.

O § 2º da lei descaracterizou o art. 37, XX, da Constituição ao eliminar a restrição constitucional de autorização legislativa *em cada caso* para a constituição de subsidiárias, em consonância com o que o STF, na ADI 1649, na prática, decidiu, conforme visto.

Se, por um lado, a Lei nº 13.303/16 excluiu um critério estampado na Constituição, seu decreto regulamentador inovou, por meio do parágrafo único do art. 7º, ao generalizar o

⁸⁷ Antes da edição da LRE, outras leis já previram a necessidade de relação entre objetos sociais de holdings e subsidiárias. Veja-se, por exemplo, a Lei nº 12.404/11, referente à criação da Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S.A. (ETAV), atual Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL).

⁸⁸ Veja-se, nesse sentido, o comportamento do STF sobre a aferição dos requisitos de relevância e urgência, necessários à adoção de medidas provisórias, registrado no julgamento da medida cautelar na ADI 2527: “*Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente*”.

preceito do art. 64 da Lei nº 9.478/97, determinando que os objetos sociais de todas as subsidiárias devem guardar coerência com o objeto social de suas respectivas estatais controladoras. Ressente-se, no entanto, de uma maior rigidez do suporte do preceito, uma vez que essa limitação está sujeita à precariedade de um decreto.

Observa-se que a LRE também tratou das empresas público-privadas nos §§ 2º e 3º do art. 2º. Nos termos do § 2º, a empresa estatal somente pode participar de empresa cujo objeto social esteja relacionado a seu próprio objeto social, excetuados os casos de operações de tesouraria e adjudicação de ações em garantia.

Há, no entanto, uma potencial antinomia no § 3º, uma vez que ele instrumentaliza as estatais para que elas possam, ao decidir sobre a participação em outras empresas, contornar os limites do objeto social por meio de seus **planos de negócios**, que, de acordo com o art. 23, § 1º, I, da própria Lei nº 13.303/16, são apresentados pela própria diretoria da empresa e aprovados por seu conselho de administração.

O art. 8º do Decreto 8.945/16 detalha o § 3º da LRE ao permitir a constituição de subsidiárias que atuem como empresas de participações (como CAIXAPAR, BB-BI, BNDESPAR, etc.), igualmente condicionando seus investimentos à vinculação a seus planos de negócios.

Em síntese, de acordo com a LRE e sua regulamentação, a fronteira a ser respeitada na criação de subsidiárias é o objeto social da controladora; na participação em outras empresas, o plano de negócios da investidora.

O objeto social de uma sociedade consta de seu estatuto social. Nos termos do art. 8º, II, da Lei de Responsabilidade das Estatais, a elaboração e a aprovação do estatuto social são de responsabilidade da própria estatal. Nem sempre foi assim. O art. 8º da lei de criação da Petrobras (Lei nº 2.004/53), por exemplo, dispunha sobre a modificação estatutária na companhia:

Nos Estatutos da Sociedade serão observadas, em tudo que lhes fôr aplicável, as normas da lei de sociedades anônimas. A reforma dos Estatutos em pontos que impliquem modificação desta lei depende de autorização legislativa, e, nos demais casos, fica subordinada à aprovação do Presidente da República, mediante decreto.

O texto é confuso ao sugerir que eventual modificação no estatuto teria o condão de modificar uma lei. Parece-nos que a melhor interpretação do artigo é a seguinte: desde que a modificação se faça nos limites legais, somente por decreto pode o estatuto ser modificado. Ou seja, o Presidente da República, e não a empresa, era o responsável pela alteração estatutária.

Em 30/09/1991, em que pese o regramento da Lei 2.004/53, foi editado decreto presidencial sem número reformando o estatuto da Petrobras, onde ficou previsto que sua reforma poderia feita mediante deliberação de Assembleia Geral Extraordinária, e não mediante decreto. O mesmo decreto determinou que os estatutos das subsidiárias observassem, no que lhes fosse aplicável, os preceitos do estatuto então estabelecido.

A Lei nº 9.478/97 revogou a Lei nº 2.004/53. Do artigo 80 da nova lei depreende-se que, diferentemente do diploma legal anterior, toda e qualquer alteração seria realizada pela própria Petrobras, na mesma linha do decreto de 1991, circunscrevendo essas alterações aos limites daquela lei – o que não poderia ser diferente, uma vez que todas as empresas estatais subordinam-se à lei.

Também as modificações estatutárias no BNDES somente podiam ser realizadas por meio de decreto, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 5.662/71. A situação foi alterada com a edição da Lei nº 13.303/16; seu regulamento chegou a criar, no âmbito da instituição de crédito, uma assembleia geral, em que pese a existência de um único sócio.

Ainda de acordo com o art. 8º, II, da Lei de Responsabilidade das Estatais, o objeto social de empresas públicas e sociedades de economia mista deve guardar adequação “à *autorização legislativa de sua criação*”. Ocorre que as definições legais dos objetos sociais das empresas estatais tendem a ser bastante imprecisas, resultando em definições estatutárias de objetos sociais igualmente imprecisos, o que atenua os limites engendrados pela própria lei quanto à criação de subsidiárias.

Tome-se como exemplo a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (ABGF). Entre as atribuições que compõem seu objeto social, declarado na Lei nº 12.712/12, encontra-se “*a constituição, a administração, a gestão e a representação de*

fundos garantidores e de outros fundos de interesse da União” (grifamos)⁸⁹, o que concede plena liberdade à União nesse setor.

Ainda que estatuto social da ABGF contenha idêntica atribuição, nada impede que ela crie subsidiárias dedicadas a constituir, administrar, gerir e representar fundos não especificados pelo Congresso Nacional.

Veja-se também o caso da Petrobras. De acordo com a Lei nº 9.478/97, seu objeto a caracteriza basicamente como uma empresa da indústria do petróleo⁹⁰:

A (...) PETROBRÁS (...) tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, **bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins**, conforme definidas em lei.⁹¹ (grifamos)

Por sua vez, o estatuto da petrolífera, já alinhado, de acordo com a Petrobras, às exigências da LRE⁹², dispõe o seguinte sobre seu objeto:

Art. 3º- A Companhia tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, **além das atividades vinculadas à energia**, podendo promover a pesquisa, o desenvolvimento, a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização de todas as formas de energia, **bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins**. (grifamos)

Assim, as atividades da Petrobras, de acordo com seu estatuto, podem estender-se a qualquer setor energético, apesar da disposição legal, o que a leva mesmo a apresentar-se como uma *empresa integrada de energia*⁹³ – veja-se, por exemplo, a atuação da companhia

⁸⁹ O trecho que concedeu liberdade à União para a escolha de fundos a serem constituídos, administrados, geridos ou representados não existia na redação original, tendo sido incluído pela Medida Provisória nº 719/16, convertida na Lei nº 13.313/16.

⁹⁰ Art. 6º, XIX, da Lei nº 9.487/97: “*Indústria do Petróleo: conjunto de atividades econômicas relacionadas com a exploração, desenvolvimento, produção, refino, processamento, transporte, importação e exportação de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e seus derivados*”.

⁹¹ A Lei nº 9.478/97, por sua vez, decorre do art. 177, I, da Constituição Federal.

⁹² Cf. <<http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados/assembleia-geral-extraordinaria-aprova-a-venda-de-nova-transportadora-do-sudeste.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

⁹³ Cf. <<http://www.petrobras.com.br/pt/presenca-global/>>. Acesso em: 20 mai 2017.

em energia eólica por meio da subsidiária Eólica Mangue Seco 2 Geradora e Comercializadora de Energia Elétrica S.A., localizada no Rio Grande do Norte.

Também no setor de telecomunicações a Petrobras atua. Em 2000 sua subsidiária Gaspetro constituiu a subsidiária DATAFLUX - Serviços de Telecomunicações S.A. para a gestão de fibras óticas instaladas ao longo de seus gasodutos. Ela tinha por objeto social “a prestação de serviços de telecomunicação” e “a locação de meios e equipamentos de telecomunicação e respectivos serviços técnicos, de consultoria, manutenção, treinamento e suporte”⁹⁴ – a DATAFLUX foi incorporada pela Gaspetro em 2008⁹⁵.

Em que pese a surpresa que a atuação da Petrobras em certos setores causa quando cotejados a seu objeto social definido em lei, não é crível que em eventual ação judicial logre-se a declaração de ilegalidade dessas intervenções tamanha é a plasticidade que os termos *correlatas e afins* propiciam.

Vale trazer opinião de Caio Tácito⁹⁶ sobre o tema. O autor manifestou concordância com a submissão do objeto da subsidiária ao objeto da empresa constituinte:

Obviamente, a empresa subsidiária não pode mais do que a empresa matriz. Muito ao contrário, pode menos porque não a substitui ou sucede na totalidade do seu objeto social, mas unicamente compartilha ou se incumbe da execução de serviços, na parcela que lhe é afeta, exercendo atividade supletiva ou de 2º grau, sob supervisão, comando e tutela da entidade-mãe.

Ocorre que, na prática, algumas empresas subsidiárias podem mais que a empresa matriz. Veja-se, nesse sentido, a Bear Insurance Company Limited. Trata-se de subsidiária da Petrobras⁹⁷ constituída nas Ilhas Bermudas com o objetivo de atuar como companhia cativa de seguros e resseguros para as subsidiárias da Petrobras.

A Bear é um exemplo de que o controle parlamentar pode se mostrar vantajoso: caso sua criação tivesse sido precedida de análise pelo Congresso, talvez fosse possível saber se a constituição de uma seguradora cativa pela companhia foi realmente a melhor opção em

⁹⁴ Perfil das Empresas Estatais 2005 - Ano-base 2004.

⁹⁵ Demonstrações Contábeis de 2010 da Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A. (TBG).

⁹⁶ *Apud* FIDALGO, Carolina Barros, *op. cit.*, p. 429.

⁹⁷ Perfil das Empresas Estatais 2015 - Ano-base 2014.

relação à locação de uma cativa (operações de “*Rent-A-Captive*”) ou até mesmo à contratação direta de apólices de seguro.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado às participações minoritárias, nos casos em que elas têm supedâneo no objeto social de suas controladoras. No caso em que a participação minoritária baseia-se no plano de negócios da controladora, ampliam-se as possibilidades de existência de empresas público-privadas cujo objeto social não se coaduna com o daquela, tendo em vista a inexistência de comando legal que determine a vinculação do plano de negócios da estatal ao de seu estatuto ou a sua lei de criação.

Identifica-se ainda outra forma de mitigação do controle parlamentar aqui analisado: a modificação do objeto social, legalmente definido, através de medidas provisórias. Exemplo desse caso pode ser encontrado na Medida Provisória nº 576/12, que ampliou as competências da Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL). Caso o Poder Executivo decida criar uma subsidiária ou participar minoritariamente de uma determinada empresa, e essa criação não encontre suporte no complexo normativo existente, pode o Presidente, o Governador ou o Prefeito editar medida provisória expandindo o raio de atuação da *holding*, frustrando, mesmo que temporariamente, a análise pelo parlamento da decisão de criação ou de participação.

Diante do exposto, objetiva-se mostrar as fragilidades inerentes às limitações propiciadas pelo objeto das empresas estatais – tanto o legal quanto o estatutário – e seus planos de negócios reforçam a importância do controle parlamentar e prévio sobre o tema.

4.4. ANÁLISE

Diante de todo o exposto, é possível concluir que o art. 37, XX, da Lei Fundamental veda a edição de leis que concedam a empresas públicas e a sociedades de economia mista autorização genérica para criação de subsidiárias e participação em empresas privadas – objeto deste trabalho –, e estabelece o controle parlamentar prévio sobre cada um dessas decisões.

A interpretação dada pelo STF ao dispositivo constitucional pode ser compreendida como uma *mutação inconstitucional*⁹⁸, pois ultrapassou o limite fixado pelo texto constitucional. Com efeito, a decisão prolatada no âmbito da ADI 1649 ignorou o significado da expressão *em cada caso*.

Conforme visto, tal mutação pode ser comprovada na Lei nº 13.303/2016 que, no art. 2º, § 2º, ditou a regra para a constituição de subsidiárias de estatais e sua participação em empresas privadas. Transcrevemos novamente o dispositivo:

§ 2º Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora, nos termos do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal.

Como se vê, embora submetido aos “*termos do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal*”, o dispositivo não contém a expressão *em cada caso*. Ao invés, optou-se por submeter os atos societários em questão ao objeto social da investidora, o que, além de permanecer afrontando a Lei da Leis, possui cogência questionável, conforme demonstrado.

⁹⁸ Nesse sentido, ver FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mutação da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. Osasco: EdiFIEO, 2015 e AFONSO DA SILVA, José. *Mutaciones Constitucionales. Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, [S.l.], jan. 1999. ISSN 2448-4881. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5561/7207>>. Acesso em: 20 mai. 2017. Ambos os autores adotam o conceito de Konrad Hesse para a mutação constitucional segundo a qual esta não pode mudar a letra do texto.

5. O CONTROLE EXTERNO DO TCU SOBRE A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS EM EMPRESAS PRIVADAS

Com a promulgação da Constituição de 1988, Lúcia Valle Figueiredo observou que “*a disputa entre as empresas públicas e os Tribunais de Contas para não se submeterem a controle*” havia cessado⁹⁹.

Não obstante, os dispositivos republicanos sobre prestação de contas expressos na Constituição ainda levaram algum tempo para serem absorvidos pela comunidade jurídica, de modo que somente em 2005, quando do julgamento dos Mandados de Segurança nº 25092 e 25181 pelo STF, assentou-se a obrigatoriedade de as empresas públicas e sociedades de economia mista submeterem-se ao controle do Tribunal de Contas da União.

Nesta seção, analisa-se se as empresas público-privadas também devem se submeter ao controle externo.

Ressalvamos que, embora a discussão aqui realizada limite-se à União (relação entre TCU e empresas estatais federais), ela também se aplica aos entes subnacionais.

5.1. POSICIONAMENTO DA DOUTRINA

Há um consenso na doutrina sobre a não submissão das empresas público-privadas ao controle externo.

Para Justen¹⁰⁰, as empresas público-privadas não estão sujeitas à prestação de contas aos tribunais de contas. Pela síntese de seu texto, no qual se refere especificamente às Sociedades de Propósito Específico (SPE) – que, para todos os efeitos, equivale a uma empresa público-privada –, vale a pena transcrever os motivos apresentados pelo administrativista:

A SPE não está sujeita a prestar contas aos tribunais de contas. Não se aplica o art. 70, parágrafo único, da CF/1988(...) os recursos públicos aportados na SPE se integram em seu patrimônio e passam a ter natureza privada. Os valores pecuniários

⁹⁹ Conforme colacionado pelo ministro Joaquim Barbosa em seu voto no MS 25092.

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 725.

e outros bens anteriormente públicos que são transferidos para a SPE como integralização da participação societária adquirem natureza puramente privada.

O sócio público se torna titular de uma participação societária. O patrimônio público é composto pela participação societária, não pelos bens que foram transferidos para a entidade privada a título de integralização do preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Portanto, a SPE não administra recursos públicos, mas gere o seu próprio patrimônio, que é puramente privado.

No mesmo sentido, Filipe Machado Guedes¹⁰¹, para quem a integração do recurso público ao capital da empresa participada converte-o em recurso privado, o que, somado ao fato de as empresas público-privadas não comporem a Administração Pública, afasta o controle externo:

Muito embora haja um aporte de recursos públicos nessas empresas participadas, essa transferência se dá a título de integralização do capital social ou aquisição de cotas ou ações, passando esses bens a integrar o patrimônio da companhia privada. Como contrapartida a sua contribuição, o Estado passa a deter participações societárias minoritárias nessas sociedades.

Igual entendimento é adotado por Carolina Barros Fidalgo¹⁰².

Esses dois últimos autores, no entanto, admitem o controle indireto dessas participações, por via das empresas estatais minoritárias. O controle indireto pode ser explicado por meio do que Murilo Giordan Santos anotou:

a Corte de Contas não possui competência para formular determinações e recomendações às empresas semiestatais. Essas medidas podem/devem ser dirigidas às empresas estatais associadas às empresas semiestatais, a fim de que aprimorem o vínculo mantido com elas ou mesmo que venham a extingui-lo.

Daí a consagração de **controle indireto sobre as empresas semiestatais**, exercido por meio da verificação da eficiência e da pertinência do vínculo que elas mantêm com as empresas estatais, sobre as quais recairia o controle direto para a verificação do atendimento de seu objeto social por meio dessa parceria.¹⁰³ (*grifamos*)

Em suma, a doutrina alberga o seguinte entendimento: as empresas público-privadas são empresas privadas, não integram a Administração Pública e não gerem recursos públicos, o que afasta a obrigatoriedade de prestação de contas prevista no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal. Admite-se, todavia, que o TCU analise “*se as participações estatais em*

¹⁰¹ GUEDES, Filipe Machado. *Op. cit.*, p. 260.

¹⁰² FIDALGO, Carolina Barros. *Op. cit.*, p. 455.

¹⁰³ SANTOS, Murilo Giordan. *Op. cit.*, p. 76.

sociedades privadas atende às finalidades previstas na lei autorizadora de tal participação”¹⁰⁴, por meio de controle indireto.

5.2. ANÁLISE

Entendemos que os critérios considerados pela doutrina para afastar a atuação dos Tribunais de Contas sobre as empresas público-privadas parecem ignorar que a participação do Estado nessas companhias, embora minoritária, pode ocultar um efetivo poder de controle societário, conforme tratado no item 2.2.1 deste trabalho.

Filipe Machado Guedes denominou esse fenômeno de “controle societário estatal disfarçado”. O autor parte da manifestação de controle compartilhado (tipo de controle que, para o autor, não retira da empresa participada sua natureza privada) para concluir que dele poderia resultar o domínio estatal:

admite-se, ao menos teoricamente, o controle compartilhado no interior das empresas público-privadas, pelo qual haveria paridade absoluta entre o Estado e seus parceiros privados no exercício do comando societário (...).

Desse modo, o que acaba ocorrendo é que o sócio privado assume o papel de “mero expectador da gestão estatal”, atuando, de fato, como um simples sócio investidor, satisfazendo-se em ter uma participação figurativa no controle e apenas colher os benefícios financeiros de ser parceiro estatal.

Nessas hipóteses, é o Estado quem detém a aptidão de comandar, em última instância, as atividades empresariais. Trata-se de verdadeiro controle societário disfarçado (...)

Fazendo referência novamente ao item 2.2.1, pode-se ir além para afirmar que mesmo as situações em que o Estado detém participação minoritária, sem compartilhamento de controle, podem gerar poder de dominação estatal¹⁰⁵.

É evidente, contudo, que a constatação dessa situação de controle de fato não é simples, e depende da análise concreta da **influência** exercida pelo Estado na sociedade privada. O assunto é extensamente tratado pela doutrina societária, concorrencial e administrativista, que se deblatera sobre os conceitos de controle e influência. Vejam-se, por exemplo, as análises de

¹⁰⁴ FIDALGO, Carolina Barros. *Op. cit.*, p. 461.

¹⁰⁵ BNDESPar assumirá posição mais 'ativista' em empresas que investiu, diz diretora. *Portal G1*. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/bndespar-assumira-posicao-mais-ativista-em-empresas-que-investiu-diz-diretora.ghml>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

Cynthia Bertini¹⁰⁶ e de Maria Isabel do Prado Bocater¹⁰⁷, nas quais a autoras diferenciam controle e influência significativa.

Ressalte-se que essa temática também não escapa à Contabilidade: o Pronunciamento Técnico CPC 18 (R2) do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que versa sobre investimentos em sociedades coligadas e controladas e em empreendimentos controlados em conjunto, detém-se na definição de influência significativa, diferenciando-a do controle:

Influência significativa é o poder de participar das decisões sobre políticas financeiras e operacionais de uma investida, mas sem que haja o controle individual ou conjunto dessas políticas.

A própria Lei das Sociedades Anônimas, em seu art. 243, aparta as sociedades controladas e coligadas, definindo estas, assim com o CPC 18, como sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

Diante dessas considerações, faz-se necessário, a nosso sentir, rever a própria definição de empresa público-privada, uma vez que a empresa privada da qual o Estado participe minoritariamente pode, sim, vir submeter-se a seu controle de fato. Nesse sentido, colacionamos opinião de Filipe Machado Guedes:

(...) se o Estado, ainda que possuindo apenas a minoria das ações com direito a voto, dirige de fato as atividades de determinada companhia de forma permanente por conta da dispersão acionária, de previsões estatutárias, de acordos de acionistas ou mesmo de *golden shares* que lhe garantam a preponderância nas deliberações sociais e a prerrogativa de indicação da maioria dos administradores, não vemos como aceitar que essa empresa não seja considerada uma empresa estatal e, conseqüentemente, submetida ao regime jurídico híbrido aplicável a essas companhias.

Conforme visto neste trabalho, assiste razão ao autor quando este afirma que o traço essencial de uma empresa estatal é o efetivo controle societário exercido pela Administração Pública, e não a titularidade da maioria do capital votante – em que pese este fato, por si só, inevitavelmente caracterizar uma empresa estatal –, pois o controle não necessariamente decorre da propriedade acionária, podendo até mesmo ser exercido *ab extra*.

¹⁰⁶ BERTINI, Cynthia. *Concentração por aquisição de controle*. São Paulo: Almedina, 2014.

¹⁰⁷ BOCATER, Maria Isabel do Prado. Poder de controle e influência significativa. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins. *Temas Essenciais de Direito Empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 833-845.

Portanto, se a empresa público-privada é controlada pelo Estado, ela deve se sujeitar ao controle do Tribunal de Contas da União. Registre-se que este foi o entendimento do ministro Joaquim Barbosa em seu voto no MS 25092:

Não se deve perde vista a circunstância de que essas empresas são controladas pelo poder público, seja por este deter o controle de mais de 50% do capital social, no caso da sociedade de economia mista, seja por deter a totalidade do capital, na hipótese da empresa pública. É o quanto basta para que se lhes aplique o princípio da *accountability*, do qual os tribunais de contas constituem expressão de alta envergadura.

Ou seja, é o controle pelo Estado, e não somente a vinculação à Administração Direta, o fato que atrai o controle externo.

Caso seja possível concluir que o Estado, em uma determinada sociedade, atue meramente participando de decisões, sem nenhuma manifestação de preponderância, concordamos com a doutrina no que toca ao controle indireto pelo TCU que, segundo a doutrina examinada, consistiria em verificar a conformidade das participações minoritárias no âmbito da atuação da estatal investidora. Todavia, entendemos ser necessário aprofundar o critério acolhido para o controle externo indireto.

Em diversas situações, as participações estatais minoritárias são acompanhadas da indicação, pela Administração Pública, de representantes seus para cargos na empresa privada. A BNDESPAR, por exemplo, indica diversos representantes para atuar nos órgãos estatutários das empresas investidas¹⁰⁸.

Assim, o controle indireto deve incidir sobre a participação do representante estatal nas empresas privadas, de modo que todos os seus atos e decisões, por inafastáveis do interesse público que justifica sua presença em uma entidade privada, devem estar sujeitos ao escrutínio dos órgãos de controle, inclusive da Controladoria-Geral da União que, por ser órgão de controle interno, possui, pelo menos em teoria, maior abrangência que o órgão de controle externo¹⁰⁹.

¹⁰⁸ A composição da carteira da BNDESPAR pode ser consultada em <<http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/mercado-de-capitais>>.

¹⁰⁹ De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “*O autocontrole, o exercido pela Administração sobre os próprios atos – sejam unilaterais, bi ou multilaterais – , é aquele que opera com o máximo de abrangência*”

É de mister restar claro que o representante do Estado junto ao conselho de administração, por exemplo, de uma empresa público-privada não é um acionista no sentido estrito da palavra, e sim *longa manus* do Estado a intervir na gestão empresarial particular.

Caso a apreciação da atuação do representante estatal dependa do fornecimento de informações pela sociedade privada, esta deverá encaminhar ao órgão controlador as informações e justificativas necessárias para a avaliação. Trata-se do que Carolina Barros Fidalgo denominou de “dever de coadjuvação” das sociedades participadas

através da prestação de informações requeridas pelo TCU em processos de auditoria ou, ainda, na sua oitiva para, querendo, prestar informações, em observância do princípio do devido processo legal.¹¹⁰

Vê-se, portanto, que, embora a empresa público-privada não integre a estrutura da Administração Pública e não gere recursos públicos, há uma derrogação parcial do regime de direito privado que originariamente a caracteriza, ainda que o Estado não detenha seu controle de fato.

A conclusão não poderia ser diferente. Conforme visto, a decisão do Estado de participar de empresas privadas insere-se no raio de sua atuação administrativa de fomento, de modo que, ao bônus de contar com as benesses do fomento público, devem se contrapor os ônus e limitações, mesmo que mitigados, próprios do regime de direito público.

sobre todos seus aspectos, transcendendo o exame da juridicidade estrita para compreender, também, o do interesse público, ou seja, também exerce um controle de mérito, considerando, abrangente e indistintamente, quaisquer aspectos de legalidade, de legitimidade e de licitude de seus atos”. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 333.

¹¹⁰ FIDALGO, Carolina Barros. Op. cit. p. 461.

6. CONCLUSÃO

As estatais e suas formas de atuação, com efeito, propiciam grande flexibilidade. Não se ignora, todavia, a utilização dessas entidades para a realização de atos contrários ao Direito. Trata-se de um risco inerente à liberdade que se concede à atuação do Estado. Conforme Vitor Rhein Schirato observou:

Em certa medida, essa prática é fomentada pela doutrina e pela jurisprudência, que, muitas vezes, se preocupam exageradamente em assegurar privilégios e exclusividades às empresas estatais, com esteio no entendimento de que o interesse público por elas realizado justificaria regimes que em certas oportunidades contrariam as normas regentes da exploração de atividades econômicas.¹¹¹

Como contraponto à cultura de permissividade que permeia a intervenção direta do Estado (falta de transparência, quase absoluta liberdade de gastos, etc.), é necessário estabelecer limites a essa atuação.

Por esse motivo, reputa-se fundamental que o STF reveja o posicionamento exarado na ADI 1649, de modo a determinar a submissão de todas as participações minoritárias permanentes do Estado em EPP ao Congresso Nacional, conforme disposto no art. 37, XX, da Constituição Federal.

Além disso, é preciso lembrar que, em uma República, a regra é a transparência, e o sigilo é a exceção, o que também deve valer para as empresas, estatais ou privadas, das quais o Estado participe como minoritário.

¹¹¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As Empresas Estatais no Direito Administrativo Econômico Atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 181.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. A Questão da Empresa Estatal - Economia, Política e Interesse Público. *RAE - Revista de Administração de Empresas*, v. 19, n. 4, out-dez, 1979. Disponível em: <<http://rae.fgv.br/rae/vol19-num4-1979/questao-empresa-estatal-economia-politica-interesse-publico>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

AFONSO DA SILVA, José. Mutaciones Constitucionales. *Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, [S.l.], jan. 1999. ISSN 2448-4881. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5561/7207>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

ALMEIDA, Walisson Alan Correia de. *Organização do Estado: recaptura, manutenção ou desestatização de empresas estatais dependentes*. Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa - ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Orçamento Público. Brasília, 2010.

ALVES, Jessica; CHAVES; João Marcelo Pinto. *Análise econômico-financeira da Petrobrás: Estudo com enfoque na gestão baseada em valor ao acionista*. Rio de Janeiro, UFRJ/Escola Politécnica, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa público-privada. *Revista dos Tribunais*, ano 98, n. 890, p. 33-68, dez. 2009.

_____. *Empresas Estatais – O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017.

BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (orgs.). *Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, maio/junho/julho de 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

BERTINI, Cynthia. *Concentração por aquisição de controle*. São Paulo: Almedina, 2014.

BOCATER, Maria Isabel do Prado. Poder de controle e influência significativa. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins. *Temas Essenciais de Direito Empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Perfil das Empresas Estatais Federais 2005 - Ano-base 2004*.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Perfil das Empresas Estatais Federais 2015 - Ano-base 2014*.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das empresas públicas. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 87-98, Set. 1979. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901979000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 jun. 2017.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mutação da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. Osasco: EdIFIEO, 2015.

FERRAZ, Luciano. Além da sociedade de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 49-68, maio/ago. 2014.

FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária*. São Paulo: Almedina, 2017.

GONÇALVES, Carlos Eduardo do Nascimento, GUIMARÃES, Bernardo. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GUEDES, Filipe Machado. *A atuação do Estado na economia como acionista minoritário: possibilidades e limites*. Almedina: São Paulo, 2015.

HESSEL, Rosana. Empresas estatais devem cortar pelo menos 20 mil funcionários. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 7 mai. 2017. Disponível em <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/05/07/internas_economia,867347/empresas-estatais-devem-cortar-pelo-menos-20-mil-funcionarios.shtml>. Acesso em: 16 jun. 2017.

IORIO, Ubiratan Jorge. *Por que é preciso privatizar as estatais?* Disponível em <<http://www.ubirataniorio.org/index.php/artigo-do-mes/307-est>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense: 2009. v. I.

LARA, José de Mesquita. As emprêsas públicas. *Jurisprudência Mineira*, vol. XV, out. 1958, ano IX, n. 4.

LARA, José de Mesquita. As Sociedades de Economia Mista. *Jurisprudência Mineira*, vol. XIV, abr. 1958, ano IX, n. 4.

LIMA ROCHA, Astrid Monteiro de C. G. de. O estado empresário: interesse público, conflito de interesses e comportamento abusivo do acionista controlador nas sociedades de economia mista. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, n. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LOPEZ, Felix; PRAÇA, Sérgio. Como são nomeados cargos de confiança no governo federal?, in BASSOTTI, Ivani; SOUZA, Sandra; SANTOS, Thiago. *Uma nova gestão é possível*. São Paulo: Fundap, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. Consequencialismo e interpretação. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3664, 13 jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24808>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

MONTONE, Gina. *O BNDES gera lucro econômico? Utilização da metodologia do EVA® para verificar a criação de valor ao acionista*. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, Escola de Economia de São Paulo, 2013.

MOTTA, Paulo Roberto. O controle de empresas estatais no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v. 14, n. 2, 1980.

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sérgio G. *Reinventando o capitalismo de Estado: O Leviatã nos negócios: Brasil e outros países*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. *Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos*. Disponível em: <www.direitoadm.com.br>. Acesso em: 25 mai. 2017.

OLIVEIRA, Maria de Lourdes Araújo. *Adaptação estratégica no setor bancário: o caso do Banco do Brasil no período 1986 a 2000*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, UFSC, 2001.

OLIVEIRA, Ribamar. Subsídios ao BNDES vão custar R\$ 323 bi até 2060. *Valor Econômico*, São Paulo. Disponível em: <<http://www2.valor.com.br/brasil/4429026/subsidios-ao-bndes-vaocustar-r-323-bi-ate-2060>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

PATELLA, Laura Amaral. *Controle conjunto nas companhias brasileiras: disciplina normativa e pressupostos teóricos*. 2015. 327 f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 3. Versão parcial disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-11112015-105422/pt-br.php>. Acesso em: 13 jun. 2017.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Sociedade subsidiária integral. In: BOTREL, Sérgio (Coord.). *Direito societário: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, pp. 1-15, jan. 1953.

PONTES, Evandro Fernandes de. *Incorporação de ações no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016.

RAMOS, Pedro. Financiamentos subsidiados e dívidas de usineiros no Brasil: uma história secular e... atual? *História Econômica & História de Empresas*, v. XIV, n. 2 (2011), pp. 7-32. Disponível em: <<http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201211011220280.Pedro%20Ramos%202011.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Hyper-Presidentialism: Separation of Powers without Checks and Balances in Argentina and the Philippines (2011). *Faculty Scholarship Series*. Paper 4155. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4155>. Acesso em: 21 mai. 2017.

SANTOS, Murillo Giordan. Controle das empresas semiestatais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 52, n. 208, out./dez. 2015. p. 61-79.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *As Empresas Estatais no Direito Administrativo Econômico Atual*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Participação estatal em empresas privadas: as “empresas público-privadas”*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 4. Versão parcial disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11022015-125507/pt-br.php>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 75-99, out./dez. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias entre Estado e particulares: conquistas e desafios, *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014.

VAZ DA SILVA, Floriano Corrêa. A intervenção do Estado no Domínio Econômico através dos Órgãos de Administração Indireta. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, out. a dez. de 1974.

WERNECK, Rogério L. Furquim. Perdidos. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 1 dez. 2006. Disponível em: <www.economia.puc-rio.br/rwerneck/pdf/vf2006-1201.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2017.