

EMPRESAS ESTATAIS, PARAESTATAIS E PARTICULARES COM PARTICIPAÇÃO PÚBLICA

Sergio de Andréa Ferreira
Professor Titular de Direito
Administrativo da Universidade do
Estado do Rio de Janeiro – UERJ e
Desembargador Federal aposentado

A) Pronunciamento de 24.01.03.

I - AS PESSOAS JURÍDICAS: SUA CARACTERIZAÇÃO

1. A Identificação da natureza de uma pessoa jurídica, com todos os respectivos desdobramentos e conseqüências, exige que se considerem diferentes fatores e aspectos.

2. O primeiro dado diz respeito a ser a entidade dotada, ou não, de *ius imperii*.

2.1. O poder de império, que corresponde à '*organização da coação social a serviço e no exercício dos comandos estatais*'; à vontade imperante, a que - como emanção da soberania popular; com as limitações democráticas e a oponibilidade dos direitos públicos subjetivos, que caracterizam o Estado de Direito - ficam sujeitos os jurisdicionados.

2.2. Pessoas públicas ou de direito público são aquelas titulares, '*iure proprio*', desse poder. No seu exercício, e sempre dentro da moldura tracejada, aquelas assumem posições de supremacia, nas relações jurídicas de que participam, em face de seus membros ou de terceiros.

2.2.1. No Direito Pátrio, as pessoas político-federativas, que compõem o Estado Brasileiro, a República Federativa do Brasil (*União, Estados federados, Municípios e Distrito Federal*), e as autarquias são as pessoas públicas. As segundas estão sujeitas ao princípio da especialidade, eis que o Estado - que é a pessoa pública abrangente - atribui, por via constitucional ou legislativa, para a realização de determinado objeto de sua atuação, para a consecução de certo de seus fins, parte de seus poderes executivos a esses entes, que se identificam como pessoas públicas autárquicas, as quais, em função do citado princípio, nunca são duplicatas daquele primeiro.

2.2.2. São ditas estatais, as pessoas públicas, já que, como explicita FRANCESCO FERRARA ('*Teoria delle Persone Giuriche*', Turim, 2ª ed., 1923, p. 750 e s.), público significa estatal, no sentido de que as pessoas públicas são aquelas que detêm caráter estatal, isto é, prerrogativas essenciais e próprias do Estado.

2.3. Quando o ente personificado não é dotado, nesta moldura, de poder de império, diz-se ser ele pessoa privada.

3. O segundo aspecto é o do ramo jurídico a cujo regime primariamente está submetida a pessoa jurídica.

3.1. As pessoas públicas são: (a) de Direito Internacional, pessoas jurídicas de direito público externo (*Código Civil de 1916, art. 13; art. 40 do de 2002*); (b) pessoas

jurídicas de direito público interno (*ib*), de Direito Constitucional (*peças político-federativas*) ou Administrativo (*autarquias*).

3.2. As pessoas privadas são de Direito Civil (como as *fundações*), de Direito Comercial (*p.ex., sociedades anônimas*); de Direito Social (*e.g. sindicatos, entidades fechada de previdência complementar*).

4. Em terceiro lugar, leva-se em conta o substrato, o suporte jurígeno que recebe o selo da personificação.

4.1. Sob este ângulo, temos as corporações (*sociedades e associações*) e as instituições (*fundações e institutos*).

4.2. Nas primeiras, predomina o aspecto pessoal, pela união de duas ou mais pessoas na sua constituição e estrutura, dotadas que são de membros.

4.3. Nas últimas, o substrato personificado é objetivo: o patrimônio, nas fundações; e a estrutura organizacional, nos institutos. Não têm membros, ou capital, mas sim administradores, sempre órgãos servientes ao fim fundacional ou institucional, e não órgãos dominantes, como a assembléia geral, nas corporações.

5. Mas faceta fundamental é a da posição, da pessoa jurídica, no contexto sócio-político-administrativo.

5.1. Neste campo, distingue-se entre as entidades que integram o setor público, e que, cingindo-nos ao Direito Brasileiro, são, em relação a cada pessoa político-federativa (cada uma destas, por seu turno, com seus órgãos, não personalizados, políticos e os da denominada administração direta), as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, e que compõem, as quatro últimas, a denominada administração indireta: são as pessoas jurídicas administrativas. As autarquias, pessoas públicas, são, como assinalado, estatais; e as demais, privadas, mas pessoas administrativas, integrantes da AP, são paraestatais, isto é, 'próximas das estatais' (*Constituição Federal, art. 37, 'caput', e XIX*).

5.2. Agregado a esse conjunto, que forma a organização governamental-administrativa, situa-se um setor intermediário entre o setor público e o privado, constituído pela Paradministração, integrada pelos entes de cooperação, que abrangem ofícios públicos - como os notariais e de registro; os serviços sociais autônomos; as empresas subsidiárias das entidades da administração indireta (*Constituição Federal, art. 37, XX, 1ª parte*); as autarquias corporativas (*a OAB, os Conselhos profissionais*).

5.3. Finalmente, as pessoas jurídicas que se inserem na sociedade civil, a abarcar o setor político, no qual se inscrevem os partidos políticos; e o setor privado. Este último comporta: (a) os entes de colaboração da Administração Pública, como os concessionários e permissionários de serviços públicos; as organizações sociais; as entidades fechadas de previdência privada; (b) a sociedade civil organizada, como as ONG's, as OSCIP's; e (c) as empresas privadas, particulares, algumas delas com a participação das pessoas do setor público, e que atuam no mercado. É a área da livre iniciativa.

5.4. A diferença de posicionamento tem, como uma de suas traduções, o conjunto, e respectiva natureza, de poderes do Poder Público sobre a pessoa jurídica, e que vai desde a

supervisão da Administração Direta sobre as entidades da Indireta, até o simples poder de polícia sobre as empresas privadas.

6. Outro aspecto fundamental, caracterizador de uma **pessoa jurídica**, e, tal como os anteriores, de decisiva **relevância de direito**, são os **fins** a que ela se destina, suas **finalidades**, seus **interesses-alvo (fins mediatos)**, a que se liga o **objeto** de sua atuação (**fim imediato**) e os **objetivos (propósitos; metas; fins próximos)**.

6.1. Diversamente da **pessoa física**, que, em razão do **direito à liberdade (CF, art. 5º, 'caput', e inciso I)**, pode exercer suas atividades em todas as direções, sem estarem sujeitas a **fins predeterminados**, as **peçoas jurídicas** são criadas e têm de operar sob o império do **princípio da especialidade**. Daí, a obrigação, de seus órgãos, de só exercerem suas **atribuições**, para, sob pena de **ilicitude**, e realizando o **objeto** da atuação da entidade, alcançar os **fins** para cuja consecução foram criadas, buscando atingir **objetivos** que permitam melhor atendê-los.

6.2. O **objeto** configura o **conteúdo** da atuação da **pessoa jurídica**, na consecução dos seus **fins e objetivos**.

6.3. No concernente às **peçoas políticas e administrativas**, o **fim geral** é o **interesse público**, que, especialmente quanto às últimas, se pormenoriza em **fins específicos (p.ex., saúde pública)**. Para a realização desses fins, a **pessoa jurídica administrativa** desenvolve sua **atuação com determinado objeto (e.g. combate a determinadas doenças)** e **objetivos (v.g., vacinação de certo percentual mínimo da população)**.

6.3.1. Cada **autarquia, pessoa pública**, tem, como **fim e objeto de atividade**, um **subconjunto dos fins e objetos da pessoa político-federativa** que a criou, atuando sob um **regime de direito público**, ou **gratuitamente**, ou com a cobertura por **impostos**, ou, ainda, com remuneração por **taxas ou preços públicos**. Por isso, o **Decreto-lei nº 200, de 25.05.62**, em seu **art. 5º, I**, conceituando **autarquia**, atribuiu-lhe a execução de **'atividades típicas de Administração Pública'**, em que se incluem a **prestação de serviços públicos ou sociais** (como o ensino, a assistência à saúde; e, inclusive, produção de bens, como a edição de livros didáticos para distribuição gratuita); o exercício de uma das áreas do **poder de polícia**, a **regulação econômico-social**. Não pode, diversamente das **peçoas político-federativas**, por meio de sua **administração direta**, ter, a **autarquia**, como **objeto institucional**, a **exploração de atividade econômica**, e, destarte, tampouco, **fim e objetivos patrimoniais**.

6.3.2. Também as **peçoas jurídicas administrativas de direito privado** estão submetidas à realização de **fins de interesse público**.

6.3.2.1. As **fundações públicas** são **sem fins lucrativos**, e seu **objeto** não pode ser de espécie que exija **'execução por órgãos ou entidades de direito público'** (**art. 5º, IV, do Decreto-lei nº 200/67, com a redação da Lei nº 7.596, de 10.04.87**).

6.3.2.2. As **empresas públicas** e as **sociedades de economia mista**, como **peçoas administrativas** que são, estão comprometidas com o **interesse público**, e, como **objeto** seu, no atingimento dessa **finalidade**, podem ter a **prestação de serviços públicos (v. CF, art. 37, § 6º)** ou a **exploração de atividade econômica de produção de bens e prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º)**. É distinção fundamental, com os mais relevantes **reflexos jurídicos**, conforme detalharemos.

6.3.2.3. Mesmo se se tratar da **produção ou comercialização de bens ou serviços**, as **empresas públicas** e as **sociedades de economia mista** estão, de acordo com o disposto no **art. 173 da CF**, submetidas aos **fins de interesse público** nele citados, especificamente, pela própria **Carta Magna Nacional: imperativos da segurança nacional** ou outro **relevante interesse coletivo**, definidos em lei. O **art. 173, § 1º, I, da CF**, com a redação da **Emenda Constitucional nº 19/98**, impõe a esses entes uma **função social**. Mas, cognatamente com o **fim público**, presente está, nessas **empresas administrativas**, o **fim privado de natureza patrimonial**.

6.3.2.4. É que, mesmo quando se trata de **prestadora de serviços públicos**, criada, por lei, com esse **objeto**, **delegatária ex vi legis**, ou mesmo **concessionária** ou **permissionária**, **empresa** é, e o **fim patrimonial** está presente. É, aliás, o que ocorre com os **concessionários** e **permissionários** particulares, porque essas formas de **prestação de serviços públicos** correspondem ao desenvolvimento de uma **atividade pública**, mas conduzida **economicamente**. A CF define, com propriedade, no **art. 236**, essa situação, quando trata de **serviços notariais e de registro**, os quais, embora **públicos**, são prestados 'por **delegação do Poder Público**', e '**são exercidos em caráter privado**'.

6.3.2.4.1. Caracteriza-se, nesta hipótese (CF, art. 175) a **prestação direta de serviços públicos** (cf. art. 6º, VII, VIII e XII, da Lei nº 8.666, de 21.06.93), isto é, por meio de **pessoas administrativas**, ainda que da **Administração Indireta** Se a **entidade paraestatal** integra AP de outra unidade federativa, que não a titular do serviço, aquela assumirá, necessariamente, a posição de **concessionária** ou **permissionária**.

6.3.2.4.2. Estamos, neste caso, diante do denominado **serviço público virtual**, da **gestão privada do serviço público**, em que o **serviço** é público, seu **regime** é de **direito público**, mas sua **prestadora** é **pessoa jurídica de direito privado**. Já quando se trata de **serviço público orgânico**, a **prestadora** é a **Administração Direta** ou **Autárquica**, e **atividade** e **entidade** estão sob o **regime de direito público**.

6.3.2.4.3. A **remuneração da empresa pública ou mista**, pela **prestação de serviço público**, é a **tarifa**, espécie de **preço público**.

6.3.2.5. Se o **objeto** é a **atividade econômica**, no **mercado**, ele também é **privado**, sob um regime de **ius privatum**, e a **remuneração** se faz mediante **preços privados**.

6.3.2.5.1. Por isso, a **Carta Política Brasileira** prescreve, para a **exploração de atividade econômica**, a **sujeição das entidades empresariais 'ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias'**: **art. 173, § 1º, II**. É, pois, completa a **identidade**, neste caso.

6.3.2.5.2. Os **objetivos** são também **econômicos**, como a **economicidade**, a **produtividade**.

7. Fator que assumiu importância especial, com a **Emenda Constitucional nº 19/98**, é o que respeita ao fato de a **pessoa jurídico-administrativa, empresarial**, receber, ou não, **recursos** com a finalidade de **cobertura de dispêndio com pessoal**, ou de **custeio em geral**: **art. 37, § 9º**, da CF. Na mesma linha, a **Lei Complementar nº 101, de 04.05.00 (Lei de Responsabilidade Fiscal)**, ao definir **empresa estatal dependente (art. 2º, III)**, um de seus destinatários, eis que tida por incluída nas referências às **pessoas político-federativas**.

II - AS PESSOAS JURÍDICAS EMPRESARIAIS E O ESTADO BRASILEIRO

1. Na **Administração Pública Indireta**, ao lado da **Administração Autárquica** e da **Fundacional**, situa-se, como exposto, a **Administração Empresarial**, em que a **organização administrativa** e a **organização econômica**, que é a **empresa**, se fundem, constituindo o **setor econômico público**, no qual atuam as **empresas públicas** e **sociedades de economia mista** (*arts. 4º, II, 'b' e 'c', e 5º II e III, do Decreto-lei nº 200/67, e art. 5º do Decreto-lei nº 900, de 29.09.69*). A criação dessas entidades é sempre por lei (*art. 37, XIX, da CF*).

1.1. O **Direito Público Administrativo** não mais tem, destarte, o monopólio, nem do regime, nem da **organização administrativa**, nem, tampouco, da **atividade executiva**.

1.2. A **empresa pública** tem **capital exclusivo** da **pessoa político-federativa** cuja **Administração** ela integra; admitida, porém, uma vez preservada a maioria do capital votante como pertencente a pessoa de direito constitucional, a participação de outras da mesma natureza, ou de **pessoas administrativas** de qualquer órbita federativa. Podem assumir qualquer forma admitida em Direito, inclusive **Civil**, mas sempre com **fins econômicos** (*art. 5º, II, do Decreto-lei nº 200/67 e art. 5º do Decreto-lei nº 900/69*).

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

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

1.3.2. É de fundamental importância a caracterização das **subsidiárias mistas**, para distingui-las, com exatidão, das demais espécies de empresas que iremos, em seguida, abordar.

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

1.3.2.2. Cumpre observar que as **empresas públicas** podem criar **sociedades de economia mista**, mas não outras **empresas públicas**, tendo em vista o disposto no **art. 5º do Dec-lei 900/67**.

1.3.2.3. As **companhias mistas de segundo grau** são, reitere-se tal como suas controladoras, **pessoas administrativas**, componentes da **Administração Indireta**.

1.3.2.4. Para o **Direito Administrativo** são **sociedades de economia mista subsidiárias**; para o **Direito Comercial**, são **sociedades controladas** (*art. 243, § 2º, da Lei 6.404/76*), sendo a entidade, que a controla, sua **acionista controladora** (*arts. 116, 117 e 238 da mesma Lei*).

1.3.2.5. Tal como ocorre com referência às **mistas de primeiro grau**, sobre elas são exercidos poderes de **acionista controlador** (pela **acionista majoritária**) e de **supervisão** (pelo

Ministério ou Secretaria a que estiver vinculada , que, como é claro, atua, **duplamente**, pois que também o faz sobre a **controladora**).

1.3.2.6. A jurisprudência administrativa e a judicial têm precisado os contornos conceituais das **subsidiárias mistas**:

(a) O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em decisões sobre a **Banrio - Crédito Imobiliário S/A**, expressou que *‘é a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica, que a caracteriza como sociedade mista. Se alguma dúvida pudesse existir, ele desapareceu com o art. 236 da Lei das Sociedades Anônimas, que exige, para a constituição de companhia de economia mista, prévia autorização legislativa específica (cf. decisão unânime da 1ª turma, de 14.10.80, Relator Min. Soares Muñoz, RE nº 93.175-9-RJ, DJ de 31.10.80, p.8.893).*

(b) A Consultoria-Geral da República igualmente concluiu que *‘o conceito de sociedade de economia mista, como integrante da Administração Indireta, supõe, sob o aspecto formal, a concorrência de dois requisitos essenciais, ou seja, a criação em virtude de lei autorizativa e a participação majoritária da entidade ‘mater’, de modo permanente e indeclinável’ (Parecer L-154, de 21.7.77, DOU de 26.6.77, p. 9.519 e s..).*

2. Se, de um lado, tem-se desenvolvido uma **igualação** entre as **Administrações Autárquica e Fundacional**, mercê de uma verdadeira **autarquização, publicização, das fundações governamentais**, embora, por definição, sejam de **direito privado** (*art. 5º, IV, do Decreto-lei nº 200/67; cf. art. 41, V, e parágrafo único, do novo Código Civil*), a **Administração Empresarial** tem uma posição cada vez mais **nítida e própria** no conjunto da **organização administrativa**.

2.1. Já o **Decreto-lei nº 200/67**, bem caracterizava a **especificidade** do aspecto **‘posicionamento’**, dentro da **Administração Indireta**, de **empresas públicas e mistas**.

2.2. Com efeito, a diferença de **posicionamento** dos vários **subconjuntos** da **Administração Indireta** traduz-se no complexo de **poderes** que a **Administração Direta**, a que está **vinculada** cada **entidade da Indireta**, tem com referência a essa, **poderes** esses que compõem a capacidade de **supervisão** da primeira em relação à segunda.

2.3. No tocante às **empresas públicas e mistas**, dispôs o **art. 27**, e respectivo **parágrafo único, do Decreto-lei nº 200/67**:

“Art. 27. Assegurada a supervisão ministerial, o Poder Executivo outorgará aos órgãos da Administração Federal a autoridade executiva necessária ao eficiente desempenho de sua responsabilidade legal ou regulamentar.

Parágrafo único - Assegurar-se-á às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idênticas às do setor privado, cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo.”

2.4. A evolução deu-se em **nível constitucional**, e a atual disciplina da matéria, pela **Carta Magna Nacional**, é expressiva, especialmente pela já abordada distinção entre **empresas estatais prestadoras de serviços públicos** e aquelas que **exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços**: *cf. arts. 37, § 6º, e 173, § 1º, II, da CF.*

2.5. A **Emenda Constitucional nº 19/98** adensou as distinções entre, de um lado, a **Administração Direta, Autárquica e Fundacional**, e, de outro, a **Administração Empresarial**; e, nesta última, entre as **empresas que prestam serviços públicos** e aquelas que **exploram atividade econômica**. *A fortiori*, ainda mais definida é a situação das **subsidiárias não-mistas, paradministrativas** e das **empresas privadas com participação governamental em seu capital**, a que só se aplicam as regras de **Direito Público**, que a elas se dirijam **expressamente**.

3. Mas a anteriormente referida **Paradministração** - conjunto de entes já fora da **Administração Pública** - também conta com **entidades empresariais ligadas ao Poder Público**.

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

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

3.3. A **Paradministração** é conjunto **heterogêneo**, com regime jurídico variado. Estão seus componentes submetidos a uma forma de **tutela**, a **tutela paradministrativa**, que compreende, pelo menos, mecanismos de **controle de legalidade**, podendo chegar à **intervenção**, tudo nos estritos limites legais (*art. 183 do Decreto-lei 200/67 e Decreto-lei 772, de 29.8.69*).

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

3.5. Os **entes paradministrativos** exigem, para a sua criação ou transformação e para a definição de seu posicionamento nesse conjunto de **cooperadores**, o **ato legislativo** (*cf. art. 37, XX, 1ª parte, da CF*). Só por **lei** poderá haver a diferenciação deles, em face das **entidades administrativas** e dos **entes privados**.

3.6. O Poder Público pode preferir, ao invés de instituir ou constituir **empresas administrativas**, integrantes da **Administração Indireta** e, desse modo, componentes da **organização administrativa**, criar, em **cooperação** com particulares, **empresas** que sejam **instrumentos de participação pública na economia**, mas sem a natureza de **pessoas administrativas paraestatais**. São as **empresas**, dessa nova espécie, de **Direito Privado**, mas tipicamente **paradministrativas**, pois que situadas fora da Administração Pública, embora com essa relacionadas, com ela cooperando; e tampouco pertencendo ao **setor econômico privado**.

3.6.1. A criação dessas **empresas**, *ex novo* ou por **transformação de outras** já existentes, insere-se pois, no processo, de **descentralização administrativa** denominado de **descentralização por cooperação**, expressão que bem caracteriza o sentido social do fenômeno, pela **co-participação** do Poder Público e dos particulares. Daí, falar-se em **empresas de cooperação**.

3.6.2. Muitas entidades de cooperação são empresas que passaram ao controle do Poder Público, por compra de ações ou desapropriação, mas que não reuniram os requisitos necessários à sua caracterização como empresas públicas ou sociedades mistas. É o caso da LIGHT, da TELERJ, antes de suas privatizações.

3.6.3. Quando o objetivo é a criação da sociedade mista, tal *desideratum* fica evidenciado na própria lei criadora (v. Lei nº 5.736, de 22.11.71).

3.6.4. Às empresas de cooperação se dirige o disposto no art. 235, § 2º, da Lei das Sociedades por Ações, que prescreve que as companhias de que participarem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estarão sujeitas ao regime das sociedades anônimas em geral, e não ao das companhias mistas (v. Pareceres nºs L-154, de 21.7.77, e P-010, de 2.9.81, da Consultoria-Geral da República, DOU de 26.6.77 e 10.9.81).

3.6.5. O Poder Público desenvolve, sobre as empresas de cooperação, a tutela paradministrativa, exercendo poderes administrativos de controle, calcados nas normas que compõem o regime jurídico dessas empresas.

3.6.6. A empresa governamental controladora, além dos poderes de acionista dessa qualidade, exerce a tutela paradministrativa sobre as empresas de cooperação.

3.6.7. Às empresas paradministrativas se dirige de modo muito específico, o art.37, XX, da CF, ao aludir a subsidiárias (designação que, no Direito Público, abrange as controladas), que são, exatamente, as subsidiárias não mistas, eis que, se sociedades mistas de segundo grau fossem, enquadradas estariam no elenco do art.37, XIX.

4. A Constituição Federal, em seu art. 37, XX, 2ª parte, e a Lei 6.404/76 chancelam a existência de empresas privadas, particulares, do setor econômico privado, de que participam empresas administrativas, públicas ou mistas, e que não são subsidiárias mistas, nem paradministrativas.

4.1. Nesta modelagem, o art. 235, § 2º, da Lei das S/A prescreve, de maneira expressa, conforme já citado, que ‘as companhias de que participarem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista’ estão sujeitas ao disposto naquele diploma normativo, mas sem as exceções do capítulo específico sobre as sociedades de economia mista. Em outras palavras, não são sociedades mistas, tal como as paradministrativas.

4.2. A própria Lei 6.404/76 reconhece que essa participação tem, no entanto, de ser objeto de prévia autorização legal (art. 237, § 1º.) ,mas a finalidade dessa é a participação no capital, e não, a constituição de uma subsidiária mista. Não são, portanto, subsidiárias mistas, pela não-reunião dos pressupostos e requisitos pertinentes.

4.3. Algumas dessas empresas não-administrativas, embora com participação de entidades administrativas, são apenas, coligadas ou associadas dessa, mas, mesmo se controladas, no sentido societário, não são mistas, nem paradministrativas: são empresas privadas.

4.4. A jurisprudência tem reconhecido tal fato. Decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em acórdão antes referido:

“Sociedade de economia mista. Com ela não se confunde a sociedade sob controle acionário do Poder Público. É a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica, que a caracteriza como sociedade de economia mista”(RE 92.340-3RJ- Relator Min. Soares Muñoz - Ac. unân- 1ª Turma - 25.3.80- DJ de 18.4.80, p.2.567).”

4.5. A Procuradoria-Geral da República, em despacho, de 24.8.79, do Procurador-Geral Dr. Firmino Paz, aprovou parecer do então Procurador da República, José Francisco Resek, em que se concluiu, incisivamente (*Proc. PGR- 39.911/79*), acerca da incidência do **art. 205 da CF de 67**: *“Em tais circunstâncias, submeto à consideração de Vossa Excelência a conclusão de que, sem embargo do controle acionário ora exercido pela ELETROBRÁS, a LIGHT- Serviços de Eletricidade S/A conserva incólume sua qualidade de empresa privada, não havendo razão para que deixem de prosseguir os feitos em que aquela sociedade contende com a União ante a Justiça Federal”*.

4.6. É óbvio que, em se tratando de **empresas privadas**, o seu **regime jurídico** é o destas, sendo **inconstitucional** qualquer discriminação.

4.7. A **participação do Poder Público**, mediante a aquisição de ações de empresas privadas, constitui mera **participação acionária ou financeira**, representativa de simples investimento ou garantia especial de negócios jurídicos, do que é exemplo a tomada de ações por bancos de desenvolvimento federais, regionais e estaduais, de empresas beneficiárias de financiamento seus. Pode ter, até mesmo, cunho interventivo: v. Lei nº 6.493, de 07.12.97, que autorizou subsidiárias da Petrobrás a participar do capital de outras sociedades (cf. **Exposição de motivos** do Ministro das Minas e Energia, DCN, de 28.10.97, .p. 2.926). **Não ocorre, no caso, a transmutação em sociedade de economia mista.**

5. Resumindo, temos:

(a) a **Administração Empresarial**, integrante da **Administração Indireta**, é constituída de **pessoas jurídicas empresariais, de direito privado, paraestatais**, e que são as **empresas públicas** e as **sociedades de economia mista, de primeiro e de segundo graus**;

(b) as **empresas paradministrativas, de cooperação**, são **subsidiárias** das entidades da **Administração Pública**, mas não componentes dessa, e sim, da **Paradministração**, setor intermediário entre o **setor público** e o **privado**;

(c) as **empresas privadas com participação**, em seu **capital**, dos entes da **Administração Pública**, estão situadas no **setor privado**.

5.1. Todos esses segmentos estão submetidos a **regime de direito privado**, incidindo o **Direito Público** no tocante às espécies sob as letras *a* e *b*, nos aspectos pertinentes, e quando se trata de entes **prestadores de serviços públicos**.

5.2. Se se cuida de **empresas exploradoras de atividade econômica**, há **identidade de regime jurídico** com as **empresas particulares**, com as ressalvas postas, expressamente, nos incisos I (*função social e fiscalização*), III (*licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública*) e IV (*organização e responsabilidade*).

5.2.1. Efetivamente, o **art. 173, §1º**, da **CF** estabelece que as **empresas públicas, mistas, e suas subsidiárias, exploradoras de atividade econômica**, têm estatuto jurídico

próprio, isto é, um regime específico, idêntico (o mesmo) das empresas do setor privado, apenas com as especificações constantes do próprio parágrafo, em seus demais incisos, e nos §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo constitucional.

6. Embora, originariamente, sem base legal, difundiram-se duas denominações, que assumiram, de início, matriz regulamentar: ‘empresas estatais’ (com sentido abrangente e atécnico) e ‘entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios’ (com sentido impreciso).

6.1. Foi editado o Decreto nº. 84.128, de 29.10.79, que conferiu amplos poderes, na matéria, ao Ministério do Planejamento, criando, inclusive, para fins de controle, um conceito latíssimo de empresas estatal. Com efeito, dispôs o respectivo art. 2º, e seu parágrafo único:

“Art. 2º. Consideram-se empresas estatais, para os fins deste Decreto:
I. empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e todas as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União;
II. autarquias e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público;
III. órgãos autônomos da Administração Direta (Decreto-lei nº200/67, art. 172).
Parágrafo único. Poderão ser equiparadas às empresas estatais, para efeito do controle governamental de que trata o presente Decreto, as entidades e organizações de direito privado, que recebem contribuições parafiscais ou transferências do Orçamento da União e prestem serviços de interesse público ou social, observado o disposto no art. 183 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no Decreto-lei nº 772, de 19 de agosto de 1969”.

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

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

6.2. O Decreto nº 137, de 27.05.91, já revogado, instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais, (PGE), e dispôs (art. 1º, parágrafo único):

“Consideram-se empresas estatais, para fim deste Decreto, as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, e demais entidades sob o controle direto ou indireto da União”.

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

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

6.4. Na **Lei nº 10.180, de 06.02.01**, que tratou dos *Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal*, o **parágrafo único do art. 7º** conceituou:

“Consideram-se empresas estatais, para efeito do disposto no inciso VIII, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

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

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

6.7. O objetivo, muito especialmente em sede de **gastos e de eficiência e de produtividade**, é de **controle administrativo-financeiro**, o mais abrangente, a abarcar as diversas espécies de entes focalizados. Mas nada que afete a **natureza jurídica da entidade**, e, tampouco, seu posicionamento dentro da **Administração Pública**, ou da **Paradministração**, ou, então, no **setor privado da economia**.

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

7.1. Ressalve-se que esse diploma legal foi editado, no período em que, de acordo com a redação original do **art. 22, XXVII, da Constituição de 88**, as **normas gerais nacionais** tinham como **destinatárias**, não apenas as **entidades da Administração Indireta**, mas também, **‘nas diversas esferas de governo’**, as **‘empresas sob seu controle’**. Ocorre que, com a redação do dispositivo dada pela **emenda Constitucional nº 19/98**, o conjunto de **destinatários** é composto, tão-somente, na porção empresarial, das **empresas públicas e sociedades de economia mista**. No tocante às que se dedicam à **exploração de atividade econômica**, o **art. 173, § 1º, III**, acrescenta as **subsidiárias**, mas, como preceitua essa disposição, para submetê-las, em termos de **licitações e de contratações**, aos **‘princípios da administração pública.’**

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

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

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

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

(a) **empresa controlada**: *‘sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação’*;

(b) **empresa estatal dependente**: *‘empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária’*.

10. Por seu turno, no **Regimento Interno do TCU**, os *incisos III, VI e X, do art. 5º*, elencam, dentre as pessoas submetidas à jurisdição daquela Corte de Contas:

“III - os dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista constituídas com recursos da União;

.....
VI - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

.....
X - os representantes da União ou do poder público federal na assembléia geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital as referidas pessoas jurídicas participem, solidariamente com os membros dos conselhos fiscal e de administração, pela prática de atos de gestão ruinosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.”

10.1. Anote-se que a **Instrução Normativa TCU nº 12, de 24.04.96**, que dispõe sobre **Tomadas e Prestações de Contas e Rol de Responsáveis**, abrangendo **‘empresas públicas, sociedades de economia mista e demais empresas controladas direta ou indiretamente pela União** (arts. 2º e 17 e s.).

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

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

11.2. Mas, reiteramos, isso sem arranção de **natureza jurídica**, nem de sua **caracterização**, nos termos vistos.

B) Pronunciamento de 10.02.04.

I - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, DE PRIMEIRO E DE SEGUNDO GRAUS

1. Na Administração Pública Indireta, ao lado da Administração Autárquica e da Fundacional, situa-se a Administração Empresarial, em que a organização administrativa e a organização econômica, que é a empresa, se fundem, constituindo o setor econômico público, no qual atuam as empresas públicas e as sociedades de economia mista (arts. 4º, II, 'b' e 'c', e 5º, II e III, do Decreto-lei nº 200/67; e art. 5º do Decreto-lei nº 900, de 29.09.69). Da criação dessas entidades participa sempre a lei : art. 37, XIX, da Constituição Federal, que elenca as pessoas jurídico-administrativas da Administração Indireta.

1.1. A empresa pública tem capital exclusivo da pessoa político-federativa cuja Administração ela integra; sendo admitida, porém, uma vez preservada a maioria do capital votante como pertencente a pessoa de direito constitucional, a participação de outras da mesma natureza, ou de pessoas administrativas de qualquer órbita federativa. Pode assumir qualquer espécie admitida em Direito, inclusive Civil, mas sempre com fins econômicos (art. 5º, II, do Decreto-lei nº 200/67; e art. 5º do Decreto-lei nº 900/69).

1.2. As sociedades de economia mista são, obrigatoriamente, sociedades anônimas (art. 5º, III, do Decreto-lei nº 200/67) e, portanto, mercantis, tendo, por objeto, 'qualquer empresa de fim lucrativo' (art. 2º, e seus §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.404, de 15.12.76); com capital votante pertencente, em sua maioria, ou a pessoa político-federativa ou a entidade da Administração Indireta (arts. 235 a 240 da Lei das Sociedades por Ações).

2. Define o inciso III do art. 5º do Decreto-lei nº 200/67:

“Sociedade de economia mista - entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta.”

2.1. Nesta segunda hipótese, configura-se, igualmente, sociedade mista, integrante da Administração Pública Indireta, mas sua controladora não é pessoa político-federativa, e sim entidade que já é, também, por sua vez, pessoa administrativa da mesma Administração Indireta.

3. É de relevância básica a perfeita identificação das sociedades mistas desse último grupo, para distingui-las de outras espécies de pessoas jurídicas empresariais.

4. Considerando-se que temos sociedade de economia mista, desde que atendidos os requisitos e pressupostos exigidos pelo inciso XIX do art. 37 da CF e pelo Decreto-lei nº 200/67, será da espécie a entidade da Administração Indireta, criada com autorização legal, sob a forma de sociedade anônima, e uma vez que as ações, com direito a voto pertençam, em sua maioria ('maioria do capital votante', e não, apenas, 'maioria acionária'), a entidade governamental, estabelecidas a vinculação com o Ministério competente e a supervisão desse (Decreto-lei nº 200/67, arts. 26 e seguintes). O ato legislativo há de dirigir-se, especificamente, à constituição de companhia mista, com fixação dos respectivos fins, do

objeto e outros elementos básicos, como a indicação do **Ministério** a que **se vincula** a entidade.

4.1. As **companhias mistas**, reitere-se, cujas **controladoras** são **pessoas administrativas**, compõem, tal como essas, a **Administração Indireta**.

5. No universo das **sociedades anônimas**, o conceito de **companhia mista** não é, no entanto, apenas **formal**, mas sim de ordem **material, ontológica, de essência**. Por isso, têm elas tratamento próprio, diferenciado, na **Lei nº 6.404/76**, que lhe dedica, especificamente, o **Capítulo XIX**, que lhes dá um **regime especial** (o **art. 235, § 2º**, chega a empregar a cláusula '**exceções previstas neste Capítulo**'), tratando, de modo peculiar, de sua **constituição** (**art. 236**), de seu **objeto** (**art. 239, e p. único**) e **Conselho Fiscal** (**art. 240**).

5.1. São, pois, **sociedades anônimas de natureza especial**.

5.2. O **controle societário por entidade** da **Administração Indireta** (inclusive outra **sociedade mista**) confere-lhe, portanto, **natureza própria**.

5.3. O referido diploma normativo sujeita-as, complementarmente, ao nele disposto, bem como às '**disposições especiais de lei federal**'; e, se forem **companhias abertas**, '**às normas expedidas pela Comissão de Valores Imobiliários**': **art. 235, e § 1º**.

5.4. Nos termos do disposto no **art. 238** da mesma **Lei** (sob a rubrica marginal, '**Acionista Controlador**'), a **relação** entre a **companhia mista** e a **pessoa jurídica que a controla** envolve, para esta, '**os deveres e responsabilidades do acionista controlador**' (**arts. 116 e 117**). A necessidade dessa disposição mostra a **especificidade do regime jurídico das companhias mistas**, no concerto das **sociedades anônimas**.

5.5. E isso se evidencia, ainda mais, porque o **controle societário**, no âmbito da **empresa mista**, tem sua **denotação específica**: o citado **art. 238** inclui, entre os **poderes da pessoa jurídica controladora** - seja **político-federativa**, seja **administrativa** -, o de '**orientar as atividades da companhia, de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação**'.

5.6. Em sua versão original, a **Lei**, no **art. 242**, o qual só veio a ser revogado pela **Lei nº 10.303, de 31.10.01**, chegava a **excluir as companhias mistas do regime falimentar**. E, mais ainda, afastando-se do próprio conceito de '**sociedade anônima**', no que tange à **responsabilidade dos acionistas**, imputava, à **pessoa jurídica que a controlasse**, **responsabilidade subsidiária pelas obrigações da controlada**.

6. Outrossim, quer sobre as **mistas controladas por pessoa político-federativa**, que, sobre aquelas cujo **controle societário** é de **pessoa administrativa**, são exercidos, pela **acionista votante majoritária**, além dos **poderes de acionista controlador**, nos termos do disposto no citado **art. 238**, os de **supervisão (tutela administrativa)** pelo **Ministério** a que estiverem **vinculadas**, as **sociedades mistas**, vínculo esse que, em ambos os casos, é **direto**. E, daí, o cuidado que se deve ter com a denominação '**sociedade de economia mista de segundo grau**', que se disseminou, no tocante à última hipótese indicada, segundo a ótica pela qual a **pessoa político-federativa** é **controladora da entidade administrativa**, a que, por seu turno, **controla a empresa mista**, numa forma de **controle societário indireto**. Mas, em verdade, também neste caso o **vínculo administrativo** é **imediate** com a **Administração Pública supervisora**.

6.1. Efetivamente, conforme prescreve o art. 19 do Decreto-lei nº 200, de 25.02.67, ***‘todo e qualquer órgão da administração federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado’***, e isso inclui as sociedades mistas controladas por pessoas administrativas, e não somente aquelas que o são por entes político-federativos.

6.2. O art. 26 enumera, especificamente, os objetivos da supervisão ministerial, *‘no que se refere à administração indireta’*; e o respectivo parágrafo único elenca as medidas que compõem a instrumentação do exercício dessa supervisão.

6.3. Especialmente no tocante às empresas públicas e sociedades de economia mista, preceitua o parágrafo único do art. 27, reforçando o caráter peculiar da natureza e do posicionamento contextual das empresas integrantes da Administração Indireta:

“Parágrafo único - Assegurar-se-ão às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idênticas às do setor privado, cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo.”

6.4. Assim, as sociedades de economia mista estão submetidas a duas formas de controle: (a) o controle societário, interno, que já é, conforme assinalado, específico, em confronto com o exercido no interior das sociedades anônimas comuns; e (b) o controle administrativo, exercitado através da supervisão, da tutela administrativa, também com peculiaridades em comparação com aquela a que se submetem autarquias e fundações.

6.5. Em nível constitucional, a atual disciplina da matéria, pela Carta Magna Nacional, em especial após a Emenda Constitucional nº 19/98, é expressiva, inclusive pela distinção entre empresas estatais prestadoras de serviços públicos e aquelas que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços: *cf. art. 173, § 1º, II, da CF*, o qual submete as últimas, por completo, *‘ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários’*.

7. As sociedades mistas que são denominadas de ***‘segundo grau’*** são referidas, também, como ***‘subsidiárias mistas’***, designação que, tal como aquela outra, deve ser tomada *‘cum grano salis’*, porquanto ***‘subsidiária’*** é termo de sentido diversificado no campo objeto do presente estudo.

7.1. O vocábulo, em termos de gênero, apenas rotula uma entidade que é, de algum modo, controlada por outra; ou tem, mesmo, algum tipo de vínculo com uma outra instituição.

7.2. No Direito Societário Brasileiro vigente, o vocábulo ***‘subsidiária’*** aparece na denominação ***‘subsidiária integral’***, que é uma espécie de controlada, com uma única acionista, que tem de ser uma sociedade brasileira: *art. 251 da Lei nº 6.404/76*.

7.3. Mas, para ser ***‘subsidiária mista’***, não basta estar sob o controle societário de uma companhia mista: precisa a sociedade empresarial atender aos pressupostos e preencher os requisitos que a façam da espécie das ***‘companhias mistas’***, inclusive quanto ao vínculo e cognata supervisão ministerial.

7.4. Em outras palavras, frisemos desde logo, existem ***‘subsidiárias’*** de empresas mistas, que não são companhias mistas, como já veremos, a seguir, na análise da 1ª parte do inciso XX do mesmo art. 37 da CF.

7.5. Mas já podemos adiantar ponto fundamental: se é certo que, “*se a companhia A controla a companhia B, que, por sua vez, controla a companhia C, essa última, em consequência, é subsidiária de ambas as companhias, B e A*” (*A Dictionary of Law*, New York, Oxford, 5ª ed., 2000, p. 483), nem todas essas ‘*subsidiárias*’ necessariamente têm a mesma natureza, porque não basta o controle societário, para haver a identidade ontológica, nem, conseqüentemente, de regime jurídico.

7.5.1. É o mesmo que ocorre com uma sociedade anônima que controla uma sociedade limitada: essa mantém incólume sua natureza e regime jurídicos.

7.5.1.1. Aliás, é exatamente por isso, que há uma sutil diferença, na Lei nº 6.404/76, entre a definição de acionista controlador (art. 116) e de sociedade controladora (art. 243, § 2º):

“Nessa conceituação de sociedade controladora não se alude a acionistas com “maioria de votos nas deliberações da assembléia geral” (art. 116, a), como consta do conceito de acionista controlador do art. 116, ‘caput’. Mas a sociedade controladora se caracteriza por ser titular de direitos de sócio “que lhe asseguram, de modo permanente, a preponderância” nas deliberações sociais. O uso dessa expressão “preponderância” se deve à circunstância de que o controle pode ocorrer entre sociedades de diferentes tipos, como sociedade por cota de responsabilidade limitada, quando evidentemente não se pode falar em “acionista” ou “maioria de votos”. Preponderância foi a melhor expressão que o legislador encontrou para, nesse caso, traduzir a idéia de domínio de uma sociedade sobre a outra, nem todas do tipo sociedade anônima” (RUBENS REQUIÃO, ‘Curso de Direito Comercial’, São Paulo, Saraiva, 9ª ed., 2º: 228).

7.5.1.2. Já salientamos - e reiteramos - que a noção de sociedade mista é ontológica, e não meramente formal.

8. As sociedades de economia mista são, outrossim, entidades paraestatais, designação que, infelizmente, tem tido uso promíscuo no Direito Brasileiro, mas que, em verdade, denomina instituições próximas (*‘para’*) das pessoas jurídicas estatais, no conceito, este último vocábulo, de *‘de direito público’* (entes político-federativos e autarquias): são pessoas jurídico-administrativas de direito privado, mas, tal como as de direito público, integram a Administração Indireta, e, assim, estão *‘junto’* às pessoas político-federativas, que as controlam.

9. Reitere-se que dispõe o art. 37, XIX, da Constituição Federal que *‘somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação’*.

9.1. Já a Lei nº 6.404/76 estabeleceu, em seu art. 236:

“A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa.”

9.2. A criação de uma companhia mista está, pois, sob o controle legislativo, que se formaliza mediante lei formal.

10. Há jurisprudência assente quanto à **caracterização das sociedades mistas**, e que considera indispensáveis os requisitos da **presença legislativa no procedimento constitutivo** e o da **natureza própria** dessa espécie de **sociedade anônima**:

(a) O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL expressou que *‘é a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica, que a caracteriza como sociedade mista. Se alguma dúvida pudesse existir, ele desapareceu com o art. 236 da Lei das Sociedades Anônimas, que exige, para a constituição de companhia de economia mista, prévia autorização legislativa específica’* (cf. decisão unânime da 1ª Turma, de 14.10.80, Relator, Min. Soares Muñoz, RE nº 93.175-9-RJ, DJ de 31.10.80, p.8.893).

(b) A CONSULTORIA-GERAL DA REPÚBLICA igualmente concluiu que *‘o conceito de sociedade de economia mista, como integrante da Administração Indireta, supõe, sob o aspecto formal, a concorrência de dois requisitos essenciais, ou seja, a criação em virtude de lei autorizativa e a participação majoritária da entidade ‘mater’, de modo permanente e indeclinável’* (Parecer L-154, de 21.7.77, DOU de 26.6.77, p. 9.519 e s.).

11. Na moldura antes tracejada, voltemos ao ponto: o disposto no inciso XIX do art. 37 da CF abrange, específica e exclusivamente, em sede de **empresas**, as **públicas** e as **sociedades de economia mista**; quanto a essas últimas, quer as **controladas por pessoas político-federativas**, quer por **pessoas administrativas**, e sua criação há de ser, sempre, por via de **autorização legislativa**. São todas, reitere-se, tal como as **autarquias** e **fundações públicas**, a que também se dirige a disposição, produto da chamada **descentralização institucional**, e **pessoas administrativas**, componentes da **Administração Pública Indireta**, cujo **elenco** é, precisamente, esse que consta do referido dispositivo constitucional.

11.1. Em verdade, renove-se, quando se alude a *‘sociedades de economia mista de segundo grau’*, estar-se-á fazendo referência àquelas **companhias mistas** que têm, como **controlador**, um **ente administrativo** - ou seja, que também pertence à **Administração Indireta** -, e não uma **pessoa jurídica político-federativa**, que seria **acionista controlador** das **empresas mistas** ditas *‘de primeiro grau’*. Mas é necessário o preenchimento das demais condições.

11.2. Foi o que, de há muito, afirmou ARNOLDO WALD (*VII Simpósio Jurídico, PGE-RJ, de 26-04-77*):

“Quanto às chamadas sociedades de economia mista de segundo grau, ou seja, aquelas cujo controle pertence a uma sociedade de economia mista, deveremos fazer uma distinção para atender ao disposto no Decreto-lei nº 200. Se a subsidiária foi criada por lei, será sociedade de economia mista. Caso contrário, obedecerá ao regime das sociedades anônimas comuns.”

11.3. Conforme salienta MAURO RODRIGUES PENTEADO (*‘As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Estatais perante a Constituição de 1988’*, Rev. Inf. Leg, 102: 57/58), jamais se poderia identificar uma espécie de *‘sociedade de economia mista, cuja constituição não tenha sido precedida de prévia e específica autorização, emanada do Poder competente (Legislativo)’*, eis que *‘inexiste’* tal tipo de **companhia mista**.

11.3.1. Mostra o Autor que, no passado, *‘vozes isoladas na doutrina chegaram a sustentar a existência das chamadas sociedades de economia mista “de segundo grau”, como aquelas que seriam ‘constituídas sem prévia e específica autorização legal, mas em decorrência de previsão*

genérica constante da lei de regência dos entes que as criaram' (parecer L-154, de 21.07.77, DOU de 26.07.77, p. 9.519/21).

11.3.2. Acrescenta que *'essa proposição doutrinária, embora isolada e contracorrente, chegou a refletir-se no âmbito da Administração Federal, por curto período, acolhida que foi em parecer do Consultor-Geral da República, Dr. RAFAEL MAYER, com base no argumento de que a existência, na lei que cria determinada sociedade de economia mista (v.g., a citada Lei nº 2.004, objeto do referido parecer), de autorização genérica para a constituição ou participação em outras sociedades, equivaleria a uma autorização legislativa implícita para a instituição de outras sociedades, que também seriam de economia mista, ditas de "segundo grau".'*

11.3.3. Ressalta, contudo, que esse entendimento vigorou, tão-somente, em *'breve lapso temporal'*, constituindo *'solitária posição doutrinária e administrativa'*, que *'não logrou prevalecer, sucumbindo à orientação oposta que, salvo as exceções citadas, foi acolhida pela própria Administração Federal, Tribunal de Contas da União, doutrina e jurisprudência ... , culminando por influenciar a redação do texto constitucional em vigor como destacamos linhas acima.'*

11.3.4. Arrola, a seguir, as manifestações, prevaletes, da Consultoria da República, do Tribunal de Contas, do Judiciário e da doutrina, no sentido da **não-caracterização da companhia mista, sem a prévia autorização legislativa para, especificamente, ser criada uma entidade da espécie (trab. cit., p. 59/67).**

11.3.5. Expressivo, por seu turno, o trecho, que cita, do inolvidável HELY LOPES MEIRELLES (p. 65):

"Também HELY LOPES MEIRELLES voltou a tratar do tema, posteriormente ao advento da lei que atualmente rege as sociedades por ações, igualmente para negar a existência da categoria das sociedades de economia mista "de segundo grau" em trecho que prima pelo didatismo e clareza com que deslinda a questão: "é empresa privada, em sentido estrito, simples sociedade anônima, em que pese à participação majoritária, no seu capital, da TELEBRÁS, da qual é subsidiária ou sociedade controlada, nos termos do § 2º do art. 243 da Lei nº 6.404/76, de vez que a mera detenção das ações com direito a voto, por uma sociedade de economia mista, não confere a outra companhia a mesma natureza jurídica do acionista majoritário, pois lhe faltaria o principal requisito, qual seja o da criação por lei, nos termos do inciso III do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/67 e ainda porque a própria Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76) retirou as sociedades assim constituídas do rol das de economia mista, ao excluí-las das disposições contidas nos seus arts. 235 a 242, específicos para estas últimas (nossos grifos)."

II - A SUBSIDIÁRIA PARADMINISTRATIVA É A ESPÉCIE DE QUE TRATA A 1ª PARTE DO INCISO XX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1. O Poder Público pode preferir, ao invés de instituir ou constituir empresas administrativas, integrantes da Administração Indireta, e, desse modo, componentes da organização administrativa, criar, em cooperação com terceiros, empresas que sejam instrumentos de participação pública na economia, ou prestadoras de serviços públicos ou de relevância pública, embora sem a natureza de pessoas administrativas. São empresas, as

dessa nova espécie, de **Direito Privado**, mas tipicamente **paradministrativas**, pois que, mesmo situadas **fora da Administração Pública**, com essa estão relacionadas **administrativamente** e com ela **cooperando**. Mas, por outro lado, tampouco pertencem ao **setor econômico privado**.

2. A criação dessas empresas, *ex novo* ou por transformação de outras já existentes, insere-se no processo, de **descentralização administrativa**, denominado de **descentralização por cooperação**, expressão que bem caracteriza o sentido social do fenômeno, pela **co-participação do Poder Público** e de terceiros, particulares. Daí, falar-se em **empresas de cooperação**.

3. A **Paradministração** (o prefixo, de origem grega, ‘*para*’, conforme antes referido, significa ‘*proximidade*’), faixa intermédia entre a **Administração Pública** e o **setor privado**, é produto dessa **descentralização por cooperação**, sendo integrada pelos entes de **cooperação ou cooperadores da Administração Pública**, que surgem como resultado do mencionado processo descentralizador.

3.1. É que, não obstante a grande variedade de **pessoas administrativas**, o **Poder Público** necessita, dada a complexidade de suas atribuições, de lançar mão de formas de **descentralização**, cuja característica é dizer respeito a **pessoas e círculos de competência fora da Administração Pública**, mas que exercem, por força de lei, parcelas da atuação executiva, no campo da **prestação de serviços públicos**, do **exercício do poder de polícia** e da **participação social do Estado**.

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

3.3. A **Paradministração** é, efetivamente, conjunto **heterogêneo**, com **regime jurídico** variado, a que se submete, porém, por **ato legislativo** criativo dos entes que a compõem.

3.3.1. Assim, são **pessoas da espécie as empresas paradministrativas**; a **OAB**; os entes do **Sistema S**; **fundações** instituídas ou co-instituídas pelo Poder Público, por lei, e por esse mantidas, total ou parcialmente, ou não, e que não se enquadram na categoria das **fundações públicas**; assim como os **ofícios notariais e registrais (CF, art. 236)**.

4. Os entes **paradministrativos** exigem, para a sua criação ou transformação, e para a **definição de seu posicionamento** nesse conjunto de **cooperadores**, o **ato legislativo**, conforme dispõe o **art. 37, XX, 1ª parte, da CF**. Há, aqui também, o **controle legislativo**.

4.1. É que - e isto é **fundamental** - só por lei poderá haver a diferenciação de **pessoas jurídicas**, em face das **entidades administrativas**, de um lado, e dos **entes privados**, de outro.

5. O referido dispositivo constitucional chama as **entidades de cooperação**, ligadas a **pessoas administrativas**, de ‘**subsidiárias**’ dessas, **integrantes da Administração Pública**.

5.1. Como lembra MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (‘*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*’, São Paulo, Saraiva, 1: 257) “o constituinte usou do termo ‘**subsidiárias**’ por ter em mente, sobretudo, a criação de empresas por empresas públicas ou sociedades de economia mista. Salienta que ‘a regra, porém, é geral’, colhendo, também, ‘as autarquias ou fundações’, que, sem autorização legislativa, não poderão criar outros entes paradministrativos.

5.2.. O termo '*subsidiárias*' está, portanto, em sentido **genérico**, sem necessária denotação de **Direito Societário**, embora traia a importância das **empresas paradministrativas**.

5.2.1. De qualquer modo, sempre se trata de **entes paradministrativos**, e não de **pessoas administrativas**, porque essas estão subsumidas no **inciso XIX** anterior; nem de **pessoas privadas**, pois que a essas se dirige a **2ª parte do inciso XX**, como desenvolveremos a seguir.

5.2.2. Alguns autores, ao invés de **paradministrativas**, rotulam essas entidades como **paraestatais**.

6. É às **subsidiárias paradministrativas** que se dirige o **art. 173, § 1º, II**, da CF, ao prever, para elas, e as correspondentes **empresas públicas e mistas**, que exploram **atividade econômica de produção de bens ou de prestação de serviços**, um **estatuto jurídico próprio**, que se comporá pela '*sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas*'.

6.1. Importante observar que, se houve necessidade dessa **extensão**, pela norma constitucional, é que não se trata de **empresas privadas**, ou seja, **do setor privado**.

6.2. O mesmo ocorre com a disposição sobre **acumulação de empregos e funções**, objeto do **inciso XVII do art. 37 da CF**, a abranger '*autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista*', e '*suas subsidiárias*'.

6.3.. Em ambas as regras citadas, o sentido é o mesmo - e essa identidade conceitual fica bem para uma exegese constitucional - daquele do **inciso XX, 1ª parte**, do mesmo **art. 37**. Tanto é assim que, no **inciso XVII** citado, segue-se à referência às '*subsidiárias*', menção às '*sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público*', conjunto que não se subsume na incidência da **1ª parte do inciso XX**, conforme desenvolveremos adiante.

7. Destarte, em sede de **empresas**, é às **empresas paradministrativas** que se endereça, de modo específico, a **1ª parte do art. 37, XX**, da CF, ao aludir a '*subsidiárias*', que não são **empresas mistas**, eis que, se **sociedades mistas** fossem, **enquadradas estariam no elenco do art. 37, XIX**. Tampouco, **empresas privadas**, que se contêm na **2ª parte do mesmo inciso XX**.

7.1. Às **empresas da espécie, empresas de cooperação**, aplica-se o disposto no **art. 235, § 2º, da Lei das Sociedades por Ações**, que prescreve que as **companhias** de que participarem, **majoritária ou minoritariamente**, as **sociedades de economia mista**, estarão sujeitas ao **regime das sociedades anônimas em geral**, e não ao das **companhias mistas**: v. citado **Parecer nº L-154, de 21.7.77**; e o de nº **P-010, de 2.9.81, da Consultoria-Geral da República, DOU de 26.6.77 e 10.9.81**.

7.1.1. Conforme vimos, a **CONSULTORIA-GERAL DA REPÚBLICA**, concluiu que '*o conceito de sociedade de economia mista, como integrante da Administração Indireta, supõe, sob o aspecto formal, a concorrência de dois requisitos essenciais, ou seja, a criação em virtude de lei autorizativa e a participação majoritária da entidade 'mater', de modo permanente e indeclinável*'; se não presentes esses pressupostos, não haverá **sociedade mista**, ainda que se trate de **companhia** que tenha, por **acionista majoritária**, entidade da **Administração Indireta**, inclusive de **economia mista**, não incidindo, nesta segunda hipótese, portanto, o disposto no **inciso XIX do art. 37 da CF**.

7.2. No mesmo sentido, como antes indicado, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em decisões sobre a **Banrio Crédito Imobiliário S.A.**, expressou que **“é a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica, que a caracteriza como sociedade de economia mista. Se alguma dúvida pudesse existir, ela desapareceu com o art. 236 da Lei das Sociedades Anônimas”** (decisão unânime da 1ª Turma, de 14.10.80, Relator Ministro SOARES MUNÔZ, RE nº 93.175-9-RJ, in DJ de 31.10.80, p. 8.893, antes citado).

7.3. Em voto do Ministro MAURÍCIO CORREA (ADIN - Medida Liminar - nº 1.649-1, DJU de 08.09.00), lê-se:

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

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

.....
8. Daí ter comentado Sergio de Andréa Ferreira que “às empresas paradministrativas se dirige, de modo muito específico, o antes citado art. 37, XX, ao aludir a subsidiárias (designação que, no direito público, abrange as controladas), que são, exatamente, as subsidiárias não mistas, eis que, se sociedades mistas de segundo grau, estariam enquadradas no elenco do art. 37, XIX” (Comentários à Constituição, vol. 3 (arts. 37 a 43), Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1991, p. 47).

7.4. Evidência de que se trata de subsidiárias-paradministrativas é o fato de o inciso III do art. 173 da CF exigir licitação, para as suas contratações; e para aquela e as contratações de obras, serviços, compras e alienações, impor a observância dos **‘princípios da administração pública’**, incabível para o setor privado.

8. As entidades paradministrativas, que sejam subsidiárias das pessoas administrativas, mantêm com essas o relacionamento de controle próprio da espécie de ente a que pertencem aa primeiras.

Se empresas, o controle se dará, internamente, pelas pessoas administrativas, na qualidade de sócias controladoras.

8.1. Os entes de cooperação, igualmente, estão submetidos a uma forma de tutela, a tutela paradministrativa, que compreende mecanismos de controle, podendo chegar à intervenção (art.183 do Decreto-lei 200/67 e Decreto-lei 772, de 29.8.69), e que é exercido tanto pela Administração Direta, como pela entidade controladora.

III - A PARTICIPAÇÃO ESTATAL E PARAESTATAL EM EMPRESAS PRIVADAS, NA MOLDURA DA 2ª PARTE DO INCISO XX DO ART. 37 DA CF

1. A Lei nº 6.404/76, nos arts. 235, § 2º, e 237, §§ 1º e 2º, chancela a existência de empresas privadas, do setor econômico privado, do mercado, de que participam entidades da Administração Indireta, inclusive empresas administrativas mistas, e que não são, mesmo assim, nem empresas mistas, nem paradministrativas, permanecendo empresas privadas.

1.1. A regra do art. 235, § 2º, da Lei das S/A prescreve, de maneira expressa, conforme citado, que ‘as companhias de que participarem, majoritária’, ou, até mesmo, ‘minoritariamente, as sociedades de economia mista’, estão sujeitas ao disposto naquele diploma normativo, mas sem as exceções do capítulo específico sobre essas. Em outras palavras, não são sociedades mistas, tal como não o são as paradministrativas.

1.2. A própria Lei 6.404/76, em seu art. 237, § 1º, preceitua que essa participação tem de ser objeto de prévia autorização legal, mas o objeto dessa autorização é a participação em outra companhia, ou em sociedade de outra espécie, e não a constituição de uma companhia mista ou de uma subsidiária paradministrativa, porque, do contrário, conforme antes indicado, há de ser explícito no ato legal autorizativo, a *mens legis*, no sentido dessa constituição.

1.3. A empresa privada não se faz sociedade mista, nem paradministrativa, em razão, apenas, da participação societária de companhia mista, e isto pela não-reunião dos pressupostos e requisitos pertinentes, já amplamente analisados.

2. A PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, em despacho, de 24.8.79, do Procurador-Geral, Dr. FIRMINO PAZ, aprovou parecer do então Procurador da República, JOSÉ FRANCISCO RESEK, por duas vezes Ministro do Supremo Tribunal Federal, em que esse ínclito jurista concluiu, incisivamente (Proc. PGR- 39.911/79), pela não-incidência do art. 205 da então vigente CF de 67, e que havia criado um contencioso intra-administrativo:

“Em tais circunstâncias, submeto à consideração de Vossa Excelência a conclusão de que, sem embargo do controle acionário ora exercido pela ELETROBRÁS, a LIGHT-Serviços de Eletricidade S/A conserva incólume sua qualidade de empresa privada, não havendo razão para que deixem de prosseguir os feitos em que aquela sociedade contende com a União ante a Justiça Federal”.

3. É óbvio que, em se tratando de grupo no qual só há empresas privadas, o seu regime jurídico é o destas, sendo inconstitucional qualquer discriminação.

4. A **participação** a que se refere este capítulo do presente estudo, não afeta, portanto, a **situação jurídica** da entidade, não a tornando **pessoa administrativa**, nem **paradministrativa**, mas fazendo-a ou mantendo-a **privada**.

4.1. A **participação** pode ser em função de **criação** de nova **empresa privada** ou da **aquisição** de **ações** ou **cotas** de capital de alguma já existente.

4.2. Até mesmo a **desapropriação** de **ações** não conduz, sem o preenchimento dos pressupostos e requisitos necessários, à **transformação** da **empresa privada** em **mista** ou **paradministrativa**, mas, apenas, à **assunção** do **controle societário**: *cf.* art. 236, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76.

5. Neste grupo, mais uma vez surge o vocábulo '**subsidiárias**', em relação ao qual reiteramos as observações e ressalvas que formulamos nos *item 7, e seus subitens, do nº III, e 5.2.2. do nº IV*, anteriores.

5.1. É, aliás, expressivo, quanto ao ponto, o Estatuto do próprio **BANCO DO BRASIL**. Assim, ele alude, genericamente, à **participação** desse **no capital de outras sociedades** no Brasil (*art. 4º, III, e §§ 1º a 3º*), distinguindo entre **controladas** e **subsidiárias** (*arts. 3º e 4º, § 4º*).

5.2. Gizemos, novamente, que, mesmo se a noção de '**subsidiária**' envolver algum tipo de **controle societário**, não se pode desprezar, para que se tenha, em sua **globalidade**, a **identidade jurídica** da instituição, a identificação da sua **natureza jurídica**, e de seu **posicionamento** no **setor público** - e, nele, em um de seus vários **segmentos** -, ou no **privado**.

6. A **participação** em **empresas privadas** pode ser, outrossim, não só de **companhias mistas**, mas de outras **entidades da Administração Indireta**, como deixa claro o **inciso XX, 2ª parte**, da **CF**. E a **empresa privada** não haverá de ser, necessariamente, **sociedade anônima**.

7. Vários aspectos devem, neste passo, ser considerados.

8. O primeiro é que, em tese, há diferentes modelagens para o que é, '*lato sensu*', a **participação estatal** ou **paraestatal** em **empresa privada**, existindo a **possibilidade** de **diversificados subconjuntos societários** de **empresas com participação** do gênero, nem todos, porém, atingidos pela **2ª parte** do **inciso XX** do **art. 37** da **CF**.

8.1. Podemos formular uma esquemática enumeração:

- a) **participação** com a **titularidade**, pela **pessoa administrativa**, da **maioria do capital votante** da **empresa privada**;
- b) **participação majoritária** daquela, **no capital** da última, mas sem a **detenção** da **maioria de ações** com **direito a voto**;
- c) **participação minoritária** da **pessoa administrativa**, **no capital** da **empresa privada**.

8.2. Essas formas de **participação societária** têm a denotação da '*internidade*'; **participação no capital** ou **participação-controle**.

8.3. Não nos esqueçamos, com efeito, de que, conforme já citado, em sede específica de **sociedades mistas**, o fenômeno jurídico da **'participação'** delas é, ostensivamente, tomado em sentido **amplíssimo**, a abarcar a **participação majoritária** ou **minoritária**.

8.3.1. A **participação do Poder Público** pode ser, por exemplo, mediante a **aquisição** ou **subscrição** de **ações de empresas privadas**, constituindo mera **participação acionária** ou **financeira**, representativa de simples **investimento** ou **garantia especial** de negócios jurídicos, do que é exemplo a tomada de ações, por bancos de desenvolvimento federais, regionais e estaduais, de empresas beneficiárias de financiamento seus.

8.4. Na área das **sociedades anônimas**, a **Lei nº 6.404/76** prevê as **sociedades controladas**, as **coligadas**, e a **subsidiária integral** (*Capítulo XX*).

8.5. O **Código Civil de 2002**, por seu turno, emprega, como **gênero**, a designação **'sociedades coligadas'**, que abrange, como **espécies**, as **sociedades controladas**, as **coligadas 'stricto sensu'** ou **filiadas**, e as de **simples participação**, ou que melhor se diriam **'de participação simples'**:

“Art. 1.097. Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes”

8.6. A **Lei nº 6.404/76** conceitua, em seu art. 243, § 2º:

“Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”

8.6.1. Dispõe o art. 1.098 da nova codificação civil:

“Art. 1.098. É controlada:
I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;
II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.”

8.6.2. Está contemplado o que a doutrina qualifica de **controle interno**, que pode ser **direto** ou **indireto**.

8.6.2.1. O **controle interno** legalmente definido é o que se exerce através do **voto**.

8.6.2.2. Afirma PONTES (*'Tratado de Direito Privado'*, São Paulo, Borsoi, 3ª ed., 1984, LI: 197):

“O controle somente existe, inafastável, se a sociedade-chefe é dona da maioria qualificada, que se exige para as deliberações básicas, ou ordinárias. O número das ações pode estar com a sociedade-chefe ou com alguma ou algumas das outras sociedades controladas.”

8.6.2.3. MODESTO CARVALHOSA (*‘Comentários ao Código Civil’*, São Paulo, Saraiva, 2003, 13: 422/424) disserta sobre as regras de **Direito de Empresa** do novo **Código Civil**, contidas no citado art. 1.098:

“.....
O art. 1.098 traz uma definição legal de controlada, dividindo a respectiva situação jurídica em duas hipóteses: a primeira de **controle direto** de outra pessoa jurídica, e a segunda de **controle indireto** pelo encadeamento de sociedades. Neste último caso deve ser cogitado o regime de *‘holding’* controladora de todo o grupo empresarial, que ramifica esse mesmo **controle** para outras sociedades operacionais, que, por sua vez, **controlam** verticalmente, no organograma do grupo, outras sociedades também operacionais.

.....
O art. 1.098 faz distinção nos seus incisos I e II entre **controle direto** e **controle indireto** das sociedades do grupo. No primeiro caso, de **controle direto**, a *‘holding’* de **controle** é **titular direta de ações da controlada**, aptas a permitir a **maioria dos votos** para impor sua vontade nas deliberações sociais e para eleger a maioria dos seus administradores. Nesse caso, portanto, há uma **relação direta entre a controladora e a controlada**, que se opera pela **participação societária majoritária** em relação aos demais sócios. O **controle direto**, no caso, exerce-se, desse modo, pela titularidade pela controladora de quotas de capital da controlada. Não há, assim, nenhuma interrupção nesse segmento, daí resultando uma **responsabilidade direta de controladora sobre a controlada por perdas e danos e por lucros cessantes por eventual abuso no exercício desse mesmo poder de controle.**”

8.7. Já o art. 1.099 define sociedade coligada em sentido estrito ou filiada:

“Art. 1.099. Diz-se **coligada** ou **filiada** a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.”

8.7.1. A Lei nº 6.404/76 também conceitua, em seu art. 243, § 5º:

“São **coligadas** as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital de outra, sem controlá-la.”

8.8. Por seu turno, o art. 1.100 do Código Civil vigente preceitua:

“Art. 1.100. É de **simples participação** a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de dez por cento do capital com direito de voto.”

9. O art. 37, XX, 2ª parte, da Constituição Federal faz depender de **‘autorização legislativa, em cada caso’**, o que refere como sendo

“a **participação** de qualquer delas [‘entidades mencionadas no inciso anterior’, ou seja, autarquias, fundações públicas e empresas públicas e mistas] **em empresa privada**”.

10. Mas qual a abrangência da locução '*participação [estatal e paraestatal] em empresa privada*', que exige prévia '*autorização legislativa, em cada caso*', nos moldes do art. 37, XX, 2ª parte, da CF?

11. Em sede de pessoas jurídicas empresariais, na Constituição Federal, além da referência às empresas públicas e mistas, e a suas subsidiárias paradministrativas, há os seguintes grupos, sendo que cada referência tem por objetivo a destinação específica de determinada norma constitucional, o que, por seu turno, tem uma finalidade específica:

(a) sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público (art. 37, XVII)

(b) sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público (art. 71, II)

(c) empresas supranacionais de cujo capital a União participe de forma direta ou indireta (art. 71, V)

(d) empresas (*entidades*) controladas pelo Poder Público (art. 163, I; 164, § 3º)

(e) empresas controladas direta ou indiretamente (ADCT, art. 81)

(f) empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto (art. 165, § 5º; II).

11.1. De um modo mais amplo, gizemos que a CF identifica as seguintes organizações e entidades, para dar a cada um dos conjuntos adiante indicados um tratamento específico sobre a matéria de que trata cada artigo referido;

(I) Administração Pública: arts. 37, § 3º, III; 48, XI; 84, II, e VI, a; 87, p. único, I; 114; 173, § 1º, III

(II) Administração Direta e Indireta; arts. 14, § 9º; 37, *caput*, e §§ 7º e 8º; 70, *caput*; 105, I, h; 234; EC 19/98, art. 31

(III) Administrações Públicas Diretas, Autárquicas e Fundacionais: arts. 22, XXVII; 37, XI; 38; EC 41/04, art. 9º

(IV) Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista: arts. 22, XXVII; 169, § 1º, II, 173, § 2º

(V) Autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista: art. 37, XVII e XIX

(VI) Autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público: art. 37, XVII

(VII) Autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação e respectivas subsidiárias: art. 37, XX

(VIII) Órgão, autarquia e fundação: art. 39, § 7º

(IX) Pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista: art. 54, I, *a*

(X) Administração Direta e autárquica: art. 61, § 1º, II, *a*

(XI) Pessoa jurídica pública ou privada: art. 70, parágrafo único

(XII) Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público: art. 71, II

(XIII) Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público: art. 71, III

(XIV) Empresas supranacionais de cujo capital social a União participe de forma direta ou indireta: art. 71, V

(XV) Entidades da Administração Federal e entidades de direito privado: art. 74, II

(XVI) Entidade autárquica e empresa pública federal: art. 109, I e IV

(XVII) Empresas de serviços públicos: art. 139, VI

(XVIII) Autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo poder público: art. 163, I

(XIX) Entidades públicas: art. 163, III

(XX) Órgãos ou entidades do poder público e das empresas por ele controladas: art. 164, § 3º

(XXI) Órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público: art. 165, § 5º, I

(XXII) Empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto: art. 165, § 5º, II

(XXIII) Entidades e órgãos vinculados à União, da Administração Direta ou Indireta, bem como as fundações instituídas e mantidas pelo poder público: art. 165, § 5º, III

(XXIV) Órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público: art. 169, § 1º

(XXV) Empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias: art. 173, § 1º

(XXVI) Autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas: art. 202, § 3º

(XXVII) Autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente: art. 202, § 4º

(XXVIII) **Administração Direta, Autárquica e fundações públicas:** ADCT, art. 19

(XXIX) **Sociedades de economia mista ou empresas públicas por ela [União] controladas, direta ou indiretamente:** ADCT, art. 81

(XXX) **Entidades públicas, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista:** EC 20/98, art. 6º

(XXXI) **União, Estado, Distrito Federal, Municípios, incluídas suas autarquias e fundações:** art. 40; EC 41/04, arts. 6º e 7º

11.2. Além de todas essas **categorizações para fins constitucionais**, a dinâmica das pessoas jurídicas e da atuação governamental faz com que surjam **outras numerosas formas de participação estatal ou paraestatal, em empresas privadas**, inclusive sem a exigência da **autorização legislativa, em cada caso**, como têm admitido a doutrina e a jurisprudência.

11.3. Há-de considerar-se, outrossim, que a **CF** encontrou, ao entrar em vigor, um variado contingente de **empresas com participação - em sentido lato -, estatal e paraestatal**, que não se enquadram em sua disciplina sistêmica, e que continuam a existir e a evoluir segundo sua **natureza e correspondente regime jurídico**.

11.4. Cada modelagem de **participação** tem seus **reflexos próprios** no respectivo **regime jurídico**.

12. É fácil, diante deste panorama verificar que o constituinte formou, na sua **legítima discricionariedade, conjuntos diversificados**, prevalecendo, na maior parte dos casos, razões de **ordem política e econômica**, e não, especialmente **técnico-jurídica**.

12.1. Nesta moldura, a **aplicação** de cada um desses **dispositivos constitucionais**, bem como da **legislação infraconstitucional**, a partir da **interpretação da enumeração** de cada um desses **grupos**, há-de ser **restritiva**; tida qualquer dessas **enumerações** como absolutamente **taxativa**.

12.2. Essa diretriz haverá de **prevalecer**, inafastavelmente, portanto, na **exegese** e na **execução dos incisos XIX e XX da CF**, e, assim, **somente e tão-somente**, a **criação de autarquias, empresas públicas e mistas, de subsidiárias paradministrativas e de uma forma qualificada de participação societária, em empresa privada, por autarquias, fundações, empresas públicas e mistas**, é que dependem de **ato legislativo específico, 'em cada caso'**.

13. A doutrina, mesmo na vigência da **CF de 1988**, tem admitido que haja a **participação societária em empresa privada**, inclusive **majoritária** no respectivo **capital**, pela **União** ou por **entes da Administração Pública**, sem lei autorizativa, **'em cada caso'**.

13.1. Nesta hipótese, temos o que se chama de **participação societária negocial comum**, mediante **subscrição ou aquisição de ações ou quotas** (v. MAURO RODRIGUES PENTEADO, *'As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988'*, Rev. Inf. Leg., 102; 55; J. CRETELLA JÚNIOR, *'Comentários à Constituição 1988'*, Rio, Forense Universitária, IV: 2239 e s.).

13.2. Em *'Direito Administrativo Brasileiro'*, de HELY LOPES MEIRELLES e outros (São Paulo, Malheiros, 28ª ed., 2003, p. 351), lê-se:

“Lei específica - a criação de empresa pública ou sociedade de economia mista depende de ‘lei específica autorizadora’. Diferentemente da autarquia, que é criada diretamente pela lei, no caso das empresas estatais e suas subsidiárias a autorização é dada por lei, cabendo ao Executivo tomar as providências necessárias para a instituição. A redação dada pela EC 19/98 ao inc. XIX e a manutenção do inc. XX do art. 37 deixam isso muito claro. Conseqüentemente, as sociedades em que o Estado tenha participação acionária mas cuja instituição não tenha sido autorizado por lei não constituem sociedade de economia mista e a elas não se aplicam as normas constitucionais e legais referentes a estas, salvo quando expressamente assim consignado.”

13.3 . JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (*Manual de Direito Administrativo*, Rio, Lumen Juris, 6ª ed., p. 354, nota 76) distingue entre as **subsidiárias mistas** (que, diferentemente de nossa opinião, considera incluídas no inciso XX, 1ª parte, do art. 37 da CF) e aquelas outras entidades que se configuram como **‘meras sociedades empresariais’**, embora com participação estatal ou paraestatal.

14. Uma disposição que exige **‘autorização legislativa, em cada caso’** tem de ter por objeto uma espécie de participação específica e relevante.

15. Dentro do quadro constitucional e infraconstitucional tracejados, o primeiro requisito é que essa participação seja a que conduz ao chamado **controle acionário direto**, que faz com que a empresa privada, que recebe a participação, dentro do **Direito de Empresa, do Direito Privado Societário**, passe a ter a situação de entidade sob o referido controle, pela pessoa administrativa, nos termos do disposto no art. 243, § 2º da Lei nº 6.404/76, e no art. 1.098, inciso I, do Código Civil, que define o controle direto, distinguindo-o, do controle indireto. Repitamos:

a) A Lei nº 6.404/76, art. 243, § 2º:

“Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”

b) Código Civil, art. 1.098, I:

“É controlada:

I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

15.1. O controle indireto, que envolve entidades intermédias, não está abrangido, porque, se **‘participar’** nem sempre é **‘controlar’**; **‘controlar’** nem sempre é **‘participar’**.

15.1.1. **‘Participar’** é **ser parte**; o que, no caso de pessoas jurídicas, significa **‘ser membro’**, isto é, se sociedade, ser sócio ou acionista. E, quanto à disposição constitucional em foco, sócio ou acionista controlador, que detenha, diretamente, a maioria de votos que enseje o controle (cf. **‘Participação recíproca’**: art. 244 da Lei nº 6.404/76).

15.1.2. A chamada '*participação indireta*' (CF, art. 71, V); a '*detenção indireta da maioria do capital social com direito a voto*' (CF, art. 165, § 5º, II) são rótulos de situações que, conforme já referido, são caracterizadas, por extensão, para fins pontuais de incidência tópica de determinada ou determinadas disposições constitucionais ou legais específicas.

15.1.3. Assim, quando a CF quis emprestar ao termo '*participar*' um sentido lato, teve de fazê-lo expressamente, como no citado art. 71, V, e, assim mesmo, na hipótese, tratando-se de '*empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta*'; e, no art. 165, § 5º, II, exclusivamente para fins de controle externo, de índole econômica, quanto aos respectivos investimentos.

15.2. A interpretação que tem sido dada à 2ª parte do inciso XX, do art. 37 da CF é sempre restritiva.

15.2.1. Nesta linha, por exemplo, a cláusula '*em cada caso*', mesmo quando aplicável o dispositivo, tem sido entendida como indicativa, apenas, de área ou atividade específica a ser contemplada, não importando, necessariamente, na indicação expressa da empresa (CAIO TÁCITO, '*As Empresas Estatais no Direito Brasileiro*', 'in' '*Direito Administrativo na Década de 90*', São Paulo, RT, 1997, p. 21).

15.3. Outras formas de controle, como aquele por '*acordo de voto*', são negociais, podendo envolver, inclusive, pessoas jurídicas que não sejam aquelas a que se dirigem os arts. 37, XIX e XX, da CF.

15.4. Quanto ao controle indireto, esse se faz das maneiras mais diversificadas, inclusive em razão do '*controle comum*' que também pode englobar outras espécies de pessoas jurídicas (MODESTO CARVALHOSA '*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*', São Paulo, Saraiva, 1997, 2: 433/435).

15.4.1. Como acentuamos, mesmo que, por força da noção de controle indireto, no Direito Societário Comum, se '*a companhia A controla a companhia B, que, por sua vez, controla a companhia C, essa é controlada por ambas as empresas, a B e A*' (*Dictionary of Law*', New York, Oxford, 5ª ed., 2000, p. 483); já para fins de aplicação da CF, a cada nível de controle interfere a natureza jurídica da controladora e da controlada, e, conseqüentemente, o respectivo regime jurídico, sempre havendo de ser lembrado que a interpretação constitucional, mormente em sede de limitações, com imposição de um pressuposto - o da prévia autorização legislativa -, exige que se adote a exegese restritiva, inclusive quanto aos destinatários da norma.

15.5. Enfim, aquilo de que trata o art. 37, XX, 2ª parte, da CF é da participação-membridade, exercida por quem está na qualidade de sócio ou acionista-controlador direto, individual, nos moldes da 1ª parte do art. 116 da Lei nº 6.404/76.

16. Assim, tal como ocorre com as sociedades mistas e suas subsidiárias paradministrativas, há necessidade de que se caracterize a perenidade no controle, na participação controlante; e, daí, a necessidade do ato legislativo.

16.1. Conceitua, ao comentar os dispositivos da Lei nº 6.404/98, sobre acionista controlador, MODESTO CARVALHOSA ('*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*', São Paulo, Saraiva, 1997, 2: 429/430):

“Controle societário pode ser entendido como o poder de dirigir as atividades sociais. Essa noção tem um sentido material ou substancial e não apenas formal. Assim, o controle é o poder efetivo de direção dos negócios sociais. Não se trata de um poder potencial, eventual, simbólico ou diferido.

É controlador aquele que exerce, na realidade, o poder.

.....
Controlar uma companhia, portanto, é o poder de impor a vontade nos atos sociais e, via de consequência, de dirigir o processo empresarial, que é o seu objeto.

.....
O controle não se traduz por atos isolados, mas sim, por uma situação que se caracteriza por uma relativa estabilidade. O controle existe e funciona como situação cuja determinante essencial é o poder permanente e concentrado em mãos de um ou de determinado grupo de acionistas. Trata-se de um poder individualizado.”

16.2. O controle direto é aquele em que a sociedade controladora participa da controlada, possuindo, no capital dessa, como sócio ou acionista, a maioria dos votos da assembleia geral, com o poder de eleger a maioria dos administradores: *art. 1.098, I, do Código Civil de 2002*, na mesma linha da regra do *art. 243, § 2º, da Lei nº 6.404/76*. Pelo inciso II do citado *art. 1.098* do CC, e pela referida disposição da Lei das S.A., o controle indireto, também pode ser interno, no âmbito da controlada, mas através de interposta sociedade, que é a controladora direta da controlada indiretamente pela controladora direta daquela primeira.

16.3. FÁBIO KONDER COMPARATO (*‘O Poder de Controle na Sociedade Anônima’*, São Paulo, 2ª ed., p. 13), ao referir-se à Lei nº 6.264, de 18.11.75, que *‘dispôs sobre a incidência dos impostos sobre a renda das empresas sob controle ou com participação estatal’*, salienta que, com ela, se operou a relevante distinção *‘entre o controle-dominância e a simples participação no capital social’*.

16.4. O primeiro é uma forma de potestade, *‘potestas’*, de poder soberano; *‘a suprema determinação da atividade empresarial’* (COMPARATO, *op. cit.*, p. 99).

16.5. É, portanto, ao *‘controle-dominância’*, direto, que se refere a *‘participação em empresa privada’*, de que trata o inciso XX, 2ª parte, do *art. 37* da CF.

17. Segundo o *art. 173*, e seu § 1º da CF, a exploração direta de atividade econômica é aquela desenvolvida pelas empresas públicas e mistas e pelas empresas subsidiárias paradministrativas, que, por terem um posicionamento contextual especial, precisam de regra expressa igualando seu regime jurídico ao da empresa privada, do setor privado. Para essas, este é o seu regime, e que não pode ser outro. E, portanto, sua atividade econômica não se subsume na exploração dessa pelo Estado.

17.1. Daí, no caso das empresas públicas, mistas e subsidiárias paradministrativas, o que a CF chama de *‘autorização legislativa’* para a sua criação é mais do que simples ato autorizativo, para ser ato integrativo do substrato factual do procedimento da constituição daquelas empresas.

17.2. No tocante à participação-controle direto, para a qual o constituinte também teve por necessária a *‘autorização legislativa’*, o ato formalmente legal tem, materialmente, outra

natureza, sendo efetivamente **autorizativo**, mas imprescindível por corresponder, a hipótese, à **intervenção do Estado no domínio econômico**.

18. Sublinhemos que a CF está tratando de **participação das entidades que já são da Administração Indireta em empresas privadas**. E não, dessas em outras, também privadas.

19. Reitere-se, finalmente, que para outras formas de **participação**, mesmo por **sociedade mista**, bastam os **pressupostos legais comuns**, e não a **especificidade do ato legislativo**, *‘em cada caso’*.

IV - AINDA A PARTICIPAÇÃO EM EMPRESA PRIVADA CRIADA OU JÁ EXISTENTE

1. Interessam-nos, de modo especial, as disposições, já abordadas, dos **incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal**.

1.1. O primeiro dos incisos citados, na sua **versão original**, tinha o seguinte teor:

“XIX. somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública.”

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

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

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

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

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

3. Em nossos *‘Comentários à Constituição’* (Rio, Freitas Bastos, 1991, 3º: 32), já escrevíamos:

*“A criação de uma pessoa jurídico-administrativa da Administração Indireta exige a participação do Poder Legislativo que, em alguns casos, cria a pessoa, e, em outros, autoriza a sua criação.
O inciso XIX do art. 37 prescreve que somente por lei específica poderão ser criadas as entidades da administração indireta.*

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

Quando essas pessoas adotam formas já previstas na legislação, com processo de criação já disciplinado legalmente, como é o caso das sociedades de economia mista, que sempre são sociedades anônimas, a lei formal limita-se a autorizar o Executivo a criar a entidade, criação essa que se dará, por exemplo, por escritura pública etc.

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

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

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

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

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

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

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

5. Cite-se um precedente.

6. A PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS, sociedade de economia mista de primeiro grau, instituiu, na condição de sua subsidiária integral, uma sociedade de economia mista de segundo grau: a PETROBRÁS INTERNACIONAL S.A. - BRASPETRO, com base no art. 39 da Lei nº 2.004, de 03.10.53, que criou aquela primeira companhia.

6.1. Por seu turno, a PETROBRÁS INTERNACIONAL S.A. - BRASPETRO instituiu, como sua **subsidiária integral**, a BRASPETRO OIL SERVICES COMPANY - BRASOIL, com sede em West Wind Building North Church e Forth Street, George Town, Grand Cayman, Cayman Island.

6.2. Não é a BRASOIL **sociedade de economia mista**, eis que não criada por lei, não integrando, portanto, a **Administração Pública**.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11. É sempre mister gizar que a **Administração Indireta** e a **Paradministração** são produtos de processos de **descentralização administrativa** (respectivamente, **descentralização institucional** ou **por serviços**; e aquela **por cooperação**), sendo partes do **setor público**; enquanto a **participação de entes administrativos em empresa privada** é hipótese de **participação do Estado na ordem econômica privada, no mercado**.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14.1. No voto do Relator, Ministro MAURÍCIO CORREA, lê-se:

“4. Embora o texto dos incs. XIX e XX do art. 37 da Carta Política Federal refira-se à empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública, para o que interessa ao caso tratarei apenas da segunda.

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

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

.....
8. Daí ter comentado Sergio de Andréa Ferreira que “às empresas paradministrativas se dirige, de modo muito específico, o antes citado art. 37, XX, ao aludir a subsidiárias (designação que, no direito público, abrange as controladas), que são, exatamente, as subsidiárias não mistas, eis que, se sociedades mistas de segundo grau, estariam enquadradas no elenco do art. 37, XIX” (“Comentários à Constituição”, vol. 3 (arts. 37 a 43), Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1991, p. 47).

9. Constituída a subsidiária dentro do figurino da lei que a autorizou, daí para frente é o seu estatuto que vai regulamentar a forma de criação de outras subsidiárias ou a sua participação em empresas já existentes, independentemente de qualquer autorização legislativa, aliás como sempre bem ensina Hely Lopes Meirelles, muitas vezes citado na inicial pelos requerentes, ao assentar que ‘tal autorização está implícita na lei que autorizou a criação da entidade e outorgou-lhe os poderes necessários para realizar as atividades, obras ou serviços

que constituem os objetivos da organização’ (‘Direito Administrativo Brasileiro’, 18ª ed., Malheiros, p. 321). Na mesma linha é a opinião de José Cretella Júnior que, ao tratar dessa temática, entende desnecessária autorização específica para a criação de empresas subsidiárias, quando houver previsão para esse fim na lei que criou a empresa de sociedade de economia mista. Ensina ele, respondendo a seguinte indagação: “ora, se for promulgada lei criando qualquer dessas entidades, haverá necessidade de posterior autorização legislativa? Claro que não. A lei criadora é a própria medida autorizadora” (‘Comentários à Constituição Brasileira de 1988’, 2ª ed., Forense Universitária, vol. IV, p. 2239).”

14.2. O Ministro NELSON JOBIM aduziu:

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

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

É evidente que a interpretação do em. Ministro-Relator, no que diz respeito ao inc. XX do art. 37 da Constituição Federal, é absolutamente consistente, ou seja, a dependência de autorização legislativa não é para criação de subsidiárias. Aqui, novamente, vem aquela disputa que se deu em relação à atividade econômica do Estado. A Constituição, nesse lado, tentou restringir a atividade econômica do Estado, exatamente no ponto em que para se abrirem subsidiárias, que era a forma pela qual aumentaria o espectro, exigia-se uma autorização legislativa, não para intervir ou criar subsidiárias, mas, sim, a autorização genérica em relação ao tema da Lei nº 9.478, com uma forma um pouco distinta.”

14.3. Por seu turno, assim votou o Ministro CARLOS VELLOSO:

“Sr. Presidente, a Constituição estabelece no art. 37, inc. XX:

‘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’.

Seria necessária autorização legislativa para criação de subsidiária, uma a uma? Essa é a questão. Respondo pela negativa, na linha do voto do Sr. Ministro-Relator.”

V - DO CONCEITO DE 'EMPRESA ESTATAL'

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

2. Sobre a noção de **empresa estatal** escrevemos, em nosso já citado parecer de **24.01.03**:

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

6.1. Foi editado o Decreto nº. 84.128, de 29.10.79, que conferiu amplos poderes, na matéria, ao Ministério do Planejamento, criando, inclusive, para fins de controle, um conceito latíssimo de empresa estatal. Com efeito, dispôs o respectivo art. 2º, com seu parágrafo único:

‘Art. 2º. Consideram-se empresas estatais, para os fins deste Decreto:

I. empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e todas as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União;

II. autarquias e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público;

III. órgãos autônomos da Administração Direta (Decreto-lei nº200/67, art.172).

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

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

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

6.2. O Decreto nº 137, de 27.05.91, já revogado, instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais, (PGE), e dispôs (art. 1º, parágrafo único):

“Consideram-se empresas estatais, para fim deste Decreto, as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, e demais entidades sob o controle direto ou indireto da União”.

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

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

6.4. Na Lei nº 10.180, de 06.02.01, que tratou dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, o parágrafo único do art. 7º conceituou:

“Consideram-se empresas estatais, para efeito do disposto no inciso VIII, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

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

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

6.7. O objetivo, muito especialmente em sede de gastos e de eficiência e de produtividade, é de controle administrativo-financeiro, o mais abrangente, a abarcar as diversas espécies de entes focalizados. Mas nada que afete a natureza jurídica da entidade, e, tampouco, seu posicionamento dentro da Administração Pública, ou da Paradministração, ou, então, no setor privado da economia.

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

7.1. Ressalve-se que esse diploma legal foi editado, no período em que, de acordo com a redação original do art. 22, XXVII, da Constituição de 88, as normas gerais nacionais tinham como destinatárias, não apenas as entidades da Administração Indireta, mas também, **‘nas diversas esferas de governo’**, as **‘empresas sob seu controle’**. Ocorre que, com a redação do dispositivo dada pela emenda Constitucional nº 19/98, o conjunto de destinatários é composto, tão-somente, na porção empresarial, das **empresas públicas e sociedades de economia mista**. No tocante às que se dedicam à **exploração de atividade econômica**, o art. 173, § 1º, III, acrescenta as **subsidiárias**, mas, como preceitua essa disposição, para submetê-las, em termos de licitações e de contratações, aos **‘princípios da administração pública.’**

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

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

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

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

(a) **empresa controlada: sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação;**

(b) **empresa estatal dependente**: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.

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

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

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

3. MAURO RODRIGUES PENTEADO (‘As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Estatais perante a Constituição de 1988’, Rev. Inf. Leg., 102: 49/68) salienta, analisando os incisos XIX e XX do art. 37 da CF:

“Doravante, ao teor dos preceitos constitucionais citados, a criação de sociedades de economia mista e suas subsidiárias, bem como a participação de entidades da Administração Direta ou Indireta em empresas privadas passa a depender de expressa e específica autorização do Poder Legislativo; e as sociedades em que tal participação já existe, à míngua da referida autorização, continuam, como sempre o foram, a constituir sociedades anônimas de direito privado, que não integram a Administração Pública, embora possam, por via reflexa, receber orientações específicas emanadas daquela, desde que obedecido o regime societário comum. São elas - como sempre o foram, reitere-se - apenas sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público.

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

O que dizer-se, então, das chamadas “**empresas estatais**”? Como sabido, essa categoria é estranha à dogmática jurídica, na medida em que a expressão ‘**empresa estatal**’ tem pouca ou quase nenhuma tradição na doutrina e jurisprudência, aqui e alhures, sendo recente a sua inserção em nosso direito positivo. De que trata essa expressão, já que é largamente empregada na imprensa e nos meios não jurídicos, com muita frequência?

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

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

O referido conceito, exclusivamente operacional, como frisamos, visava implementar mecanismos de controle do Poder Executivo - centralizados na Secretaria de Controle das Empresas Estatais - SEST - sobre cerca de 500 empresas e órgãos diversos que, ou não integravam a Administração Direta, ou não se revestiam da forma de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (componentes da Administração Indireta).

Essa forma, exigida pela legislação vigente (Decreto-Lei nº 200, de 1967, arts. 4º e 5º; Lei nº 6.404, de 1976, arts. 235 'usque' 242), pressupõe a manifestação volitiva da sociedade, expressada pelo Poder competente (Legislativo), que após apreciar e valorar devidamente os casos concretos, ministra autorização específica para o exercício descentralizado das referidas atividades pelo Poder Executivo.

Sucedem que a dinâmica negocial, intensificada numa sociedade heterogênea e em desenvolvimento, como a nossa, não foi acompanhada com a necessária agilidade pelo Legislativo; com isso, o Executivo viu-se muitas vezes na contingência de assumir ou desenvolver determinadas atividades e serviços, sem a devida autorização legal.

É óbvio que aqui não cabe invocar a cínica máxima segundo a qual "se os fatos não se adaptam à teoria, pior para os fatos". Os fatos de tal jaez existiram, e nada indica que deixarão de ocorrer; o que se espera é que, no futuro, e agora com o reforço do comando constitucional analisado, a eles seja dado adequado tratamento jurídico. Para conviver com essa realidade, engendrou-se, como se disse, a noção operacional ou instrumental de 'empresa estatal', que outro objetivo não tem senão o de propiciar controle do Estado sobre as sociedades ou entidades de que participa, ainda que de forma distorcida.

Andaram bem, portanto, os constituintes de 1988 ao não acolherem o conceito operacional e não jurídico ('stricto sensu') de 'empresa estatal'; orientaram-se pela bússola da experiência e da boa e sedimentada doutrina, ao contemplarem apenas os institutos estáveis e adequados ao modelo político-econômico escolhido.

Os preceitos constantes da Carta de 1988, que vêm de ser referidos, constituem corolário do princípio segundo o qual "a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos

imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (art. 173, ‘caput’).

A vigente Constituição consagra a distinção introduzida em nosso direito positivo pelo Decreto-Lei nº 200, de 1967, entre a Administração Direta e Indireta, esta última integrada pelas sociedades de economia mista, empresas públicas e autarquias (Constituição, art. 37, inc. XVII; Decreto-Lei nº 200, arts. 4º e 5º). Tanto que, em mais de dez dispositivos, refere-se textualmente aos compromissos da “Administração Indireta”, quando tenciona a eles estender o comando maior, v.g., art. 22, XXVII, sobre licitações; art. 165, § 5º, I e II, sobre a lei orçamentária anual, inclusive de seus órgãos de seguridade social (idem, inc. III); art. 165, § 9º, II, sobre normas de gestão financeira e patrimonial; art. 49, X, acerca da subsunção ao controle e fiscalização direta pelo Poder Legislativo; art. 71, II e III, sobre a fiscalização dos Tribunais de Contas; art. 37, XVII, sobre a vedação de acumulação de cargos; art. 169, parágrafo único, sobre os limites legais à política de pessoal.

Da mesma forma, adotando e aplicando corretamente essas distinções e conceitos, o texto constitucional reconhece a existência de sociedades com participação do Poder Público, sem prévia e expressa autorização legal - que se situam, portanto, fora do campo de incidência dos mandamentos acima citados - a elas dirigindo normas específicas, mediante o emprego de terminologia própria. É o que sucede no tocante aos recursos para investimentos; desejando incluir na lei orçamentária anual todos os investimentos do Poder Público - e não apenas realizados pela Administração Direta e Indireta - o art. 165, § 5º, II, determinou que o mencionado diploma orçamentário compreenda “o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”. Ora, é curial que se a intenção do legislador fosse e de alcançar apenas os entes da “Administração Indireta”, a expressão técnica empregada seria esta, como ocorreu nos dispositivos supra-referidos.”

4. **Salienta o mesmo MAURO PENTEADO (trab. cit., p. 56/57):**

“Diversa é a natureza jurídica dos entes societários, criados por sociedades de economia mista, ou cujo controle acionário seja por estas assumido, sem prévia e específica autorização do Poder Legislativo. À falta desse requisito, reputado como essencial e insuprimível - mesmo quando inexistiam normas constitucionais ou legais sobre a matéria (cf. item II, acima) -, as subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista têm a natureza de sociedades de Direito comum, não fazendo parte, se vinculadas à União, da Administração Federal Indireta (Decreto-Lei nº 200/67, art. 4º).

Para essas sociedades, que existem às dezenas entre nós, foi criado pelo Decreto nº 84.128, como dissemos acima, o conceito operacional de empresa estatal, instituindo, no Sistema de Planejamento Federal, um subsistema centralizado na SEST - Secretaria de Controle de Empresas Estatais.

Levando em conta o que acima foi afirmado - ou seja, que existem subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista que não participam da mesma natureza jurídica de suas acionistas ou sócias controladoras -, o decreto mencionado estabeleceu que “consideram-se empresas estatais, para os fins deste decreto: I - empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e todas as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União” (art. 2º).

Outros diplomas legais, emanados da União, quando tencionam projetar seus efeitos sobre as subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista, que não participam da natureza jurídica destas últimas, igualmente lançam mão da expressão acima grifada (v.g., Decreto-Lei nº 2.300, de 21-11-1986, art. 86, que obriga tais sociedades a adotar “procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação”; Decreto-Lei nº 2.355, de 27-8-1987, que estabelece limites de remuneração aos dirigentes e empregados de empresas estatais).

Mas não é apenas o Poder Executivo Federal, através de Decretos-leis, Decretos, Portarias e outras normas administrativas, que reconhece e trata apartadamente dessa categoria de sociedades controladas direta ou indiretamente pela União, distinguindo-as das sociedades de economia mista. Também o Poder Legislativo adota e aplica diferenciadamente os referidos conceitos, cediços que são.

Assim é que, quando pretendeu que as referidas sociedades tivessem suas contas submetidas ao crivo do Tribunal de Contas, o Congresso Nacional, através da Lei nº 6.525, de 11-4-1978, operou substancial modificação na respectiva legislação de regência (Lei nº 6.223, de 14-7-1975), alterando o que dispunha o seu art. 7º para explicitar que “as entidades com personalidade jurídica de direito privado, de cujo capital a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município ou qualquer entidade da respectiva Administração Indireta seja detentora da totalidade ou da maioria das ações ordinárias, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo”.

Acresce reiterar, neste passo, o que adiantamos na parte introdutória deste estudo (item I), ou seja, que o próprio texto constitucional em vigor também utiliza a expressão “empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”, para projetar seus ditames sobre a espécie societária de que se está a tratar (art. 165, § 5º, II).”

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

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

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

5.3. Sobre ‘o controle e a gestão de empresas com participação majoritária do Estado, que não são sociedades de economia mista’ disserta MAURO PENTEADO (trab. cit., p. 67/68):

“A despeito de não serem sociedades de economia mista, as empresas controladas majoritariamente pelo Estado, seja pela Administração Direta, seja pela Indireta, sem prévia e específica autorização legislativa, estão sujeitas a normas de controle e gestão, editadas pelo Poder Executivo, que todavia devem ser exercitadas segundo o regime societário comum. É o que reza o art. 235, § 2º, da Lei nº 6.404, de 1976: “as companhias de que participem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista estão sujeitas ao disposto nesta lei, sem as exceções previstas neste capítulo”.

A atuação do Estado na gestão e controle dessas empresas se realiza, portanto, mercê do exercício de suas prerrogativas enquanto acionista controlador (Lei nº 6.404, arts. 116, 117 e 243). Nessa condição, o Estado detém o poder genérico - como qualquer outro acionista controlador privado - de “fazer a companhia realizar o seu objetivo e cumprir a sua função social” (art. 116, parágrafo único), dirigindo suas atividades sociais e orientando o funcionamento de seus órgãos sociais (art. 116, b). Tal poder, explicitado mediante interpretação ‘a contrario sensu’ das várias alíneas do art. 117, § 1º, da lei acionária, abrange a orientação da sociedade para a consecução de seu objetivo (a); a promoção de operações de dissolução, liquidação, transformação, incorporação, fusão ou cisão (b); a realização de alterações estatutárias, emissão de valores mobiliários, bem como a adoção de políticas e decisões que tenham por fim o interesse da companhia (c); a eleição de administradores e conselheiros fiscais (alínea c, c/c art. 116, a), a aprovação das contas dos administradores e a apuração de denúncias sobre irregularidades (g).

Na órbita federal, o controle e a gestão dessas espécies societárias, pelo Poder Executivo, foram disciplinados, como frisamos no item IV, supra, mediante a instituição, pelo Decreto nº 84.128, de 29-10-1979, de um subsistema no Sistema de Planejamento Federal, centralizado na Secretaria de Controle das Empresas Estatais - SEST, e que abrange, ao lado das empresas públicas e sociedades de economia mista, as subsidiárias e todas as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, criadas sem prévia e específica autorização legislativa (art. 2º, inc. I).

A par desse controle, o Poder Executivo expede, para tais sociedades, uma série de instruções a serem implementadas de acordo com o regime societário comum, como as constantes dos exemplos a seguir comentados. Assim é que, para os conselheiros fiscais e representantes da União nas “entidades controladas direta ou indiretamente pelo Tesouro Nacional”, foi baixado, pela Instrução Normativa STN/MF, de 26-2-1987, o “Manual de Orientação” para a

atuação dos referidos agentes. Preservado, como salienta o seu Capítulo 1, o regime normativo da Lei nº 6.404, o mencionado documento visa, “através do ordenamento e da sistematização, organizar instrumentos básicos de trabalho, capazes de esclarecer e orientar os conselheiros fiscais no cumprimento de suas atribuições (...) e facilitar a atuação de todos os conselheiros fiscais representantes do Tesouro, dando-lhes uma linha uniforme e padronizada de trabalho” (item 1.6.).

Determinadas instruções são expedidas para receberem implementação através de reforma estatutária, pela assembléia geral extraordinária de acionistas, como é o caso das constantes do art. 5º do Decreto nº 97.161, de 6 de dezembro de 1988, ‘verbis’: “as entidades de que trata o art. 1º (entre as quais se incluem as ‘controladas direta ou indiretamente pela União’), no prazo de 60 dias, procederão às necessárias alterações dos seus estatutos, a fim de que os órgãos de auditoria interna passem a vincular-se, diretamente, aos presidentes dos respectivos Conselhos de Administração ou órgão equivalente (...)”. E é o caso, igualmente, do Decreto nº 97.460, de 15 de janeiro de 1989, que limitou a seis o número máximo de cargos no conselho de administração e na diretoria, e a três os do conselho fiscal, “ressalvado o caso da existência de representantes dos acionistas minoritários e preferenciais” (art. 1º). O parágrafo único desse artigo estabelece que “a assembléia geral deverá aprovar as alterações estatutárias necessárias ao cumprimento do disposto neste Decreto”.

Por derradeiro, cabe reiterar que, além da orientação, controle e fiscalização da gestão das referidas espécies societárias, pelo Poder Executivo, estão elas sujeitas à obrigação de prestar contas ao Tribunal de Contas, nos termos da Lei nº 6.223, de 14-7-1975, com a redação dada pela Lei nº 6.525, de 11-4-1978.”

6. Nos termos do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 10.180, de 06.02.01, que organiza os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, o conceito de empresas estatais fixou-se num âmbito mais restrito, a abranger, especificamente,

“as empresas públicas, as sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

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

6.2. A abrangência do grupo coincide com aquele fixado pelo inciso II do § 5º do art. 165 do Texto Maior, e que, para fins de inclusão no orçamento de investimentos, aspecto econômico-financeiro, alcança aqueles

“das empresas em que a União direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

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

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

7. Já acentuamos que, quando a CF, em seus arts. 37, XVII e XX, 1ª parte, e 173, § 1º, II, refere-se a **subsidiária**, está tratando das **subsidiárias paradministrativas**.

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

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

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

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

10. A chave para o esclarecimento da questão radica-se na **evolução semântica**, na **Língua Portuguesa**, do termo **controle** (v. FÁBIO KONDER COMPARATO, *'O Poder de Controle na Sociedade Anônima'*, São Paulo, 2ª ed.), o que levou a que esse vocábulo significasse, não só **vigilância, verificação, fiscalização**, assim como **poder de dominar, regular, ingerir, interferir**.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

15. Lembremos, uma vez mais, que o atual conceito de **empresa estatal**, dado pela **Lei nº 10.180/01**, abrange, especificamente, as **empresas públicas e mistas**, as respectivas **subsidiárias paradministrativas** e "**demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto**", o que abarca, tão-somente, uma parte de todo o universo de empresas e entidades em que há **participação 'lato sensu'**, **estatal** ou **paraestatal**.

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

15.2. Tratando-se de **controle externo**, assume a feição '**de iure**', a partir da competência das unidades responsáveis pelas atividades de **planejamento**, às quais, consoante o disposto no **inciso VIII do art. 7º** da **Lei nº 10.180/01**, cabe

*“estabelecer políticas e diretrizes gerais para a atuação das **empresas estatais.**”*

15.3. A Lei nº 10.683, de 28.05.03, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, atribui ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a

*“formulação de diretrizes e controle de gestão das **empresas estatais**”*
(art. 27, XVII, h).

15.4. Nesta moldura, o Anexo ao Decreto nº 4.658, de 21.03.03, que aprovou a Estrutura Regimental do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, também enumera, na competência da Pasta (art. 1º, VIII), a

*“formulação de diretrizes e controle da gestão das **empresas estatais**”.*

15.5. E, como órgão da Secretaria-Executiva, figura o Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais, cujas atribuições evidenciam a natureza desse controle externo:

“Art. 6º Ao Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais compete:

I - coordenar a elaboração do Programa de Dispêndios Globais e da proposta do orçamento de investimento das empresas estatais, compatibilizando-os com as metas de resultado fixadas para as empresas estatais federais, bem como acompanhar sua execução orçamentária;

II - acompanhar o desempenho econômico-financeiro das empresas estatais;

III - disponibilizar informações econômico-financeiras sobre as empresas estatais;

IV - propor parâmetros e diretrizes para a atuação das empresas estatais, inclusive relativos às políticas salarial e de benefícios e vantagens, bem como para as negociações de acordo ou convenções coletivas de trabalho;

V - manifestar-se sobre:

a) proposta de aumento de capital de empresas estatais;

b) proposta de criação de empresa estatal ou de assunção, pela União ou por empresa estatal, do controle acionário de empresa privada;

c) pleitos de empresas estatais referentes a alterações nos estatutos e regulamentos das entidades fechadas de previdência privada complementar, bem como nos planos de benefícios;

d) contratação de operações de crédito por empresas estatais, inclusive operações de arrendamento mercantil;

e) emissão de debêntures, conversíveis ou não em ações, ou quaisquer outros títulos e valores mobiliários de empresa estatal; e

f) propostas de empresas estatais relativas a: quantitativo de pessoal próprio; acordo ou convenção coletiva de trabalho; programa de desligamento de empregados; e revisão de planos de cargos e salários, inclusive de tabelas de remuneração de cargos comissionados ou de livre provimento e, ainda, participação dos empregados nos lucros ou resultados das empresas;

VI - assessorar o Ministro nos assuntos concernentes ao Programa Nacional de Desestatização;

VII - coordenar e orientar a atuação dos representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão nos Conselhos de Administração das empresas estatais; e

VIII - coordenar o processo de desestatização de empresas de pequeno e médio portes, conforme definidas pelo Conselho Nacional de Desestatização, podendo constituir grupos de trabalho integrados por servidores da Administração Pública federal, direta ou indireta, e prover o apoio administrativo e operacional necessário, inclusive os serviços de secretaria, ao referido Conselho.”

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

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

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

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

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

16.3.1. Disserta, MODESTO CARVALHOSA sobre o controle externo (p. 435/436):

“Controle externo é o exercido através de outros meios que não o do exercício do voto. Assim, poderá o controlador externo ser até acionista da companhia; porém, o poder de efetivo comando que nela exerce não decorre do exercício do voto. O poder de domínio sobre a companhia se faz, na hipótese, por outros fatores, sempre externos, notadamente de caráter contratual, decorrentes de endividamento da sociedade ou originados da intervenção do Estado no domínio econômico.”

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

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

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

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

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

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

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