

Pareceres

NATUREZA JURÍDICA DE SOCIEDADE ANÔNIMA PRIVADA COM PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA ESTATAL

GILBERTO BERCOVICI

Consulta. Parecer: 1. Natureza jurídica das sociedades de economia mista; 2. A necessidade de autorização legislativa para a participação estatal em empresas privadas; 3. Poder de controle e controle conjunto; 4. O controle e a fiscalização externa e o conceito de empresa estatal. Resposta.

CONSULTA

O Banco X, por intermédio de sua Diretora Jurídica, honra-me com a formulação da seguinte Consulta, cujos termos transcrevo abaixo, para análise e produção de Parecer sobre a aquisição pelo Banco do Brasil, com fundamento na Medida Provisória n. 443, de 21 de outubro de 2008 (posteriormente convertida na Lei n. 11.908, de 3 de março de 2009), de participação acionária no Banco X, por meio do contrato de compra e venda celebrado em 9 de janeiro de 2009, informando que:

“1. Após o fechamento da operação, a composição acionária do Banco X passará a ser a seguinte: 50% do total de ações ordinárias pertencentes ao acionista X e 50% do total de ações ordinárias pertencentes ao Banco do Brasil.

“2. O acionista X possuirá 10 ações ordinárias a mais que o Banco do Brasil e não haverá outros acionistas.

“3. O fechamento da compra e venda depende da aprovação da operação pelo Banco Central do Brasil, que se constitui numa condição suspensiva para o negócio.

“4. Dentre os anexos do contrato de compra e venda há um acordo de acionistas, que vigorará a partir da data do fechamento, com prazo de 10 anos, podendo ser renovado.

“5. Referido acordo regula o relacionamento entre os dois únicos acionistas, estabelecendo, dentre outros pontos, os seguintes:

“(i) o Conselho de Administração terá seis membros, sendo que três serão eleitos dentre os indicados pelo Banco do Brasil e três, dentre os indicados pelo acionista X. O Presidente do Conselho de Administração será escolhido de modo alternado, começando por um indicado pelo Banco do Brasil, sendo o próximo pelo acionista X e assim, sucessivamente. Contudo o Presidente do Conselho não tem voto de qualidade.

“(ii) praticamente todas as matérias relevantes dependem, para sua aprovação, de *quorum* qualificado, tanto na Assembleia Geral (75% do capital votante) quanto no Conselho de Administração (voto de 4 membros). Desse modo, nenhum dos acionistas tem poder para decidir isoladamente sobre as matérias relevantes.

“Nesse contexto, o problema ora colocado consiste em saber se a configuração acionária adotada e a celebração do acordo de acionistas, tal como redigido, induziriam a existência de controle por parte do Banco do Brasil, numa aceção capaz de tornar o Banco X integrante da administração pública indireta, o que, por via de consequência, atrairia a incidência das normas do art. 37 da CF, especialmente no que se refere à exigência de concurso público, observância da Lei 8.666/1993 nas compras e contratações e sujeição à fiscalização de órgãos de controle da administração pública.

“Buscando a elucidação desses pontos, formulam-se os seguintes quesitos:

“a) O Banco X, após a celebração do acordo de acionistas, poderia ser classificado como sociedade de economia mista?

“b) Quais as diferenças entre (i) ser controlador, (ii) integrar bloco de controle e (iii) integrar grupo de controle? Para efeitos de definição de pertinência à administração pública indireta e atração das regras de direito público, tais categorias se equivalem? No caso concreto do acordo de acionistas do Banco X, em qual dessas categorias se enquadra o Banco do Brasil?

“c) Uma vez que o acordo de acionistas tem uma natureza efêmera – possui prazo determinado (no caso, 10 anos), podendo ser desfeito ou alterado por mútuo acordo entre as partes a qualquer tempo – tal situação, potencialmente cambiante, pode servir de parâmetro para definição da pertinência ou não à administração pública?

“d) O Decreto n. 6.021/2007, que trata, dentre outros assuntos, da administração das participações societárias da União, define como *empresas estatais federais* ‘as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais sociedades em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto’ (art. 1º, inciso I) e como *participações* ‘os direitos da União decorrentes da propriedade, direta ou indireta, do total ou de parcela do ca-

pital de sociedades’. Diante disso, pode-se afirmar que o referencial adotado para definição da pertinência ou não à administração pública seria a composição acionária?

“e) A Lei 6.223/1975, em seu art. 7º, com a redação dada pela Lei 6.525/1978, ao tratar da fiscalização financeira e orçamentária da União pelo Congresso Nacional, fornece uma visão acerca do tratamento que o legislador dispensa para os casos nos quais o poder de controle está distribuído de modo paritário entre a sociedade de economia mista e o particular. Com base em tal dispositivo, seria possível afirmar que o Banco X *não* está sujeito ao regime de direito público em geral e à fiscalização do Tribunal de Contas da União em particular?

“f) Nada obstante o Banco do Brasil exerça *influência significativa* na administração do Banco X na medida em que, para decisão em matérias relevantes, exige-se *quorum* qualificado, ***não há preponderância sobre a vontade do acionista privado***. Quanto ao acionista privado, em princípio, deve prevalecer a regra de que ele não pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que não decorra da Lei (CF, art. 5º, inc. II), o que significa que não poderia haver limitações não previstas expressamente em lei ou contrato, no exercício do seu direito de propriedade (CF, art. 170, inc. II), no caso, sobre parte do patrimônio do Banco X, representada pelas ações de que é titular. Nesse contexto, a assinatura do acordo de acionistas, tal como redigido, implica, de parte do acionista privado, a sujeição do seu patrimônio ao regime de direito público?

“g) Seria correto afirmar que, no caso específico do acordo de acionistas a ser celebrado entre o Banco do Brasil e o acionista X, o que ocorre, a rigor, é que o controle societário exercido pelo acionista X (acionista que detém a maior parte das ações com direito a voto) sofre limitação nas matérias expressamente previstas no acordo, para as quais se exige o *quorum*

qualificado, ou, em outras palavras, que o *quorum* qualificado teria a finalidade de proteger o acionista minoritário – Banco do Brasil – nas matérias essenciais? Se positiva a resposta, essa situação implicaria corresponsabilidade do BB na administração do Banco X, quanto a tais matérias? Se positiva também essa resposta, tal corresponsabilidade implicaria sujeição do Banco X às normas da administração pública?

“h) Foi apresentado o pedido de autorização ao Banco Central, retratando a operação como aquisição, pelo Banco do Brasil, de participação relevante no X. Argumentou-se que o controlador continuaria sendo o acionista X, mas o Banco do Brasil possuiria influência significativa na administração, em razão da escolha de metade dos membros do Conselho de Administração e em decorrência dos *quorums* qualificados. Sustentou-se que tais parâmetros destinar-se-iam a resguardar o investimento realizado pelo sócio minoritário. O Banco Central, no seu escopo próprio de identificação de responsabilidade dos sócios perante o sistema financeiro nacional, considera a situação como sendo a de *controle compartilhado*, dado que nenhum dos acionistas, pode, isoladamente, conduzir os destinos da companhia. Diante disso, indaga-se: a) do ponto de vista do direito societário, caracteriza-se o controle compartilhado? b) se positiva a resposta, a existência de controle compartilhado nesses moldes tornaria o Banco X integrante da administração pública indireta?

“i) A recente alteração da redação do art. 243, § 1º, da Lei 6.404/1976, promovida pela MP 449 (art. 36), ao empregar a expressão ‘influência significativa’ em lugar de ‘10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la’, aponta para uma concepção que considera a possibilidade de interferência do acionista minoritário no exercício do poder de controle? Se positiva a resposta, pode o acionista minoritário ter responsabilidades perante o

sistema financeiro (pelo fato de tratar-se de um Banco), e também perante os demais acionistas, empregados e a sociedade de um modo geral, sem ser controlador?”

PARECER

1. Natureza jurídica das sociedades de economia mista

O Banco do Brasil é uma sociedade de economia mista, controlada pela União, vinculada ao Ministério da Fazenda e integrante do Sistema Financeiro Nacional (arts. 1º, III, 19 e 62 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e art. 189 do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967). A sociedade de economia mista é, em sua estruturação atual, um fenômeno do final do século XIX e início do século XX, que se intensificou, especialmente na Alemanha, durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). A Constituição alemã de 1919, a Constituição de Weimar, por sua vez, previu expressamente, em seu art. 156, a possibilidade de socialização, nacionalização ou participação estatal no setor empresarial.¹

A visão tradicional, inspirada nos escritos do industrial alemão Walter Ra-

1. V. Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3ª ed., Berlin, Verlag von Julius Springer, 1931, pp. 526-528; René Brunet, *La Constitution Allemande du 11 Août 1919*, Paris, Payot, 1921, pp. 298-318; Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, reimpr., 14ª ed., Aalen, Scientia Verlag, 1987, pp. 725-729; Heinrich Friedlaender, “Artikel 156. Sozialisierung”, in Hans Carl Nipperdey (org.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*, vol. 3, reimpr., Frankfurt am Main, Verlag Ferdinand Keip, 1975, pp. 322-348 e Gerold Ambrosius, *Der Staat als Unternehmer: Öffentliche Wirtschaft und Kapitalismus seit dem 19. Jahrhundert*, Göttingen, Vandenhoeck e Ruprecht, 1984, pp. 64-102. Para o debate em torno da constituição econômica durante o período da República de Weimar (1918-1933), v. Gilberto Bercovi, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004, pp. 39-50.

thenau, entendia a sociedade de economia mista (*gemischtwirtschaftliche Unternehmung*) como uma associação livre de capitais privados e fundos públicos para a exploração de uma atividade econômica, um fenômeno “econômico”, que não pertenceria às instituições administrativas.² Esta concepção equivocada levou a uma série de debates, como o protagonizado entre nós por Bilac Pinto, sobre a impossibilidade de conciliação dos interesses público (do Estado) e privados (dos demais acionistas privados, que almejam o lucro), que levaria à substituição do modelo de sociedade de economia mista pelo da empresa pública, cujo capital é exclusivamente estatal.³

A atual doutrina publicista brasileira, com base no art. 5º, III, do Decreto-lei n. 200/1967 (com a redação alterada pelo Decreto-lei n. 900, de 29 de setembro de 1969), define a sociedade de economia mista como uma entidade integrante da Administração Pública Indireta, dotada de personalidade jurídica de direito privado,

cujas criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado. Apesar de sua personalidade de direito privado, a sociedade de economia mista, como qualquer empresa estatal, está submetida a regras especiais decorrentes de sua natureza de integrante da Administração Pública.

Estas regras especiais decorrem de sua criação autorizada por lei, cujo texto excepciona a legislação societária, comercial e civil aplicável às empresas privadas. Na criação da sociedade de economia mista, autorizada pela via legislativa, o Estado age como Poder Público, não como acionista. A sua constituição só pode se dar sob a forma de sociedade anônima, devendo o controle acionário majoritário pertencer ao Estado, em qualquer de suas esferas governamentais, pois ela foi criada deliberadamente como um instrumento da ação estatal.⁴

A exigência de autorização legislativa, hoje consagrada no art. 37, XIX, da Constituição de 1988,⁵ foi incorporada ao próprio

2. Fritz Fleiner, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, Paris, Librairie Delagrave, 1933, pp. 82-84; Ernst Rudolf Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, vol. 1, 2ª ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1953, pp. 529-530; Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. 1, 9ª ed., Munique, Verlag C. H. Beck, 1966, p. 485 e Jean-Yves Chérot, *Droit Public Économique*, 2ª ed., Paris, Economica, 2007, pp. 471-472. Para as dificuldades encontradas pela doutrina publicista brasileira com o conceito de empresa estatal, v. Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o Direito Público Econômico no Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1968, pp. 385-406.

3. V. o clássico artigo de Bilac Pinto, “O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas”, in Instituto de Direito Público e Ciência Política, *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, FGV, 1954, pp. 43-57. V., ainda, Waldemar Martins Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, São Paulo, Max Limonad, 1956, pp. 151-153. Para uma crítica contemporânea à posição de Bilac Pinto, v. Alfredo de Almeida Paiva, “As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado”, *Revista de Direito Administrativo: Seleção Histórica*, Rio de Janeiro, FGV/Renovar, 1995, pp. 316-317.

4. V., por todos, Waldemar Martins Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, cit., pp. 133-136; Alfredo de Almeida Paiva, “As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado”, cit., pp. 313-316; Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 415-437; Manuel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários à Reforma Administrativa Federal*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, pp. 68-74; Washington Peluso Albino de Souza, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, 3ª ed., São Paulo, LTr, 1994, pp. 273-276; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 175-178 e 189; Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 111-119; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, pp. 394, 414-415 e 420-421 e Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. 1, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 357-361 e 375-378. V., ainda, Maria Teresa Cirenei, *Le Imprese Pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 516-519.

5. Art. 37, XIX, da CF/1988: “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de

conceito de sociedade de economia mista. O que caracteriza a sociedade de economia mista não é apenas a presença majoritária do Estado no seu capital acionário. Uma participação majoritária estatal que fosse transitória ou eventual não modificaria o objeto ou os fins de uma sociedade comum. A sociedade de economia mista é uma estrutura de direito privado (uma sociedade anônima) vinculada de modo permanente a objetivos de interesse público. Por isto a autorização para sua criação deve ser efetuada por lei. Sem a base legal que a cria, a sociedade de economia mista não passaria de uma sociedade anônima comum, com participação acionária estatal.⁶

Toda sociedade de economia mista está submetida às regras gerais da Administração Pública (art. 37 da Constituição), ao controle do Congresso Nacional (art. 49, X, no caso das sociedades de economia mista pertencentes à União), do Tribunal de Contas da União (art. 71, II, III e IV, da Constituição, também no caso das sociedades de economia mista da esfera federal) e, no caso das sociedades de economia mista federais, da Controladoria-Geral da União (arts. 17 a 20 da Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003), ponto sobre o qual me deterei com mais detalhes adiante. Além disto, o orçamento de investimentos das sociedades de economia mista federais deve estar

economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

6. Oscar Saraiva, “Novas formas da delegação administrativa do Estado”, *Revista Forense* 100/234, Rio de Janeiro, nov./1944; Alfredo de Almeida Paiva, “As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado”, cit., pp. 311-313; Waldemar Martins Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, cit., pp. 57-59; Lúcia Valle Figueiredo, *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*, São Paulo, Ed. RT, 1978, pp. 40-45 e 83; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 414-415 e José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, pp. 503-506. V. também Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 384-385 e 391-392.

previsto no orçamento geral da União (art. 165, § 5º, da Constituição de 1988).

Estes dispositivos constitucionais são formas distintas de vinculação e conformação jurídica, constitucionalmente definidas, que vão além do disposto no art. 173, § 1º, II, que iguala o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de atividade econômica em sentido estrito ao mesmo das empresas privadas em seus aspectos civil, comercial, trabalhista e tributário.⁷ A natureza jurídica de direito privado é um expediente técnico que não derroga o direito administrativo, sob pena de inviabilizar a sociedade de economia mista como instrumento de atuação do Estado. Na realidade, conforme ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando o Estado cria uma pessoa jurídica de direito privado, esta surge, praticamente, com todas as características de uma pessoa jurídica de direito público, pois é um instrumento de atuação do próprio Estado. O seu regime jurídico, embora preponderantemente de direito privado, é, “híbrido”, pois nunca se sujeita inteiramente ao direito privado, que é derogado parcialmente pelo regime jurídico administrativo.⁸

7. Sobre a influência da atividade prestada (serviço público ou atividade econômica em sentido estrito) no regime jurídico das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), v. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 183-184; Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 140-146 e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 412-414. Na doutrina estrangeira, v., p.ex., Fritz Fleiner, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, cit., pp. 198-209 e Jean-Philippe Colson, *Droit Public Économique*, 3ª ed., Paris, LGDJ, 2001, pp. 330-332.

8. Waldemar Martins Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, cit., pp. 54-57 e 164-165; Caio Tácito, “Direito administrativo e direito privado nas empresas estatais”, in *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, vol. 1, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 691-698; Eros Roberto Grau, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, Ed. RT, 1981, pp. 101-111; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 178-183 e 185-188; Eros Ro-

A prevalência do direito público não significa, no entanto, que a sociedade de economia mista perca a natureza de sociedade anônima.⁹ A Lei das S/A (Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976), se aplica às sociedades de economia mista, desde que seja preservado o interesse público que justifica sua criação e atuação (art. 235).

A sociedade de economia mista, criada por lei, não se confunde, portanto, com sociedades com participação acionária do Poder Público, mesmo que sob seu controle acionário. O ingresso do Estado como acionista em uma sociedade origi-

nariamente privada não produz nenhuma alteração de natureza jurídica no estatuto da sociedade constituída por agentes econômicos privados com intuito de obtenção de lucro. A simples participação de entes públicos, ou por eles controlados, como acionistas não é suficiente para modificar a estrutura de uma sociedade. O Estado ou ente estatal que se torna sócio de uma pessoa jurídica de direito privado em funcionamento submete-se aos seus estatutos sociais. Nesta hipótese, geralmente de participação minoritária do Estado, o interesse público se realiza pelo próprio fato da participação acionária estatal (pelos mais variados motivos, como ter que financiar empresas ou setores carentes de investimentos, por exemplo), sem que seja necessária qualquer mudança na estrutura societária. A sociedade comum não se torna uma sociedade de economia mista pelo surgimento, transitório ou permanente, do Estado, ou ente estatal, como seu acionista. Mesmo se este adquirir a maior parte das suas ações ou o poder de controle, a empresa não é transformada em sociedade de economia mista. Trata-se de simples inversão de capitais públicos em uma empresa privada.¹⁰ A sua natureza jurídica

berto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 111-123 e 278-281; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 394-396, 416-418 e 421-428 e Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 351-353. Na doutrina estrangeira, sobre os regimes jurídicos das empresas estatais, em geral, e das sociedades de economia mista, em particular, v. Ernst Rudolf Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, vol. 1, cit., pp. 530-532; Bernard Chenot, *Organisation Économique de l'État*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1965, pp. 312-313; Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. 1, cit., pp. 478-483; Günter Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen: Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand*, Bad Hamburgo/Berlin/Zürich, Verlag Gehlen, 1969, pp. 125-140 e 368-380; Volker Emmerich, *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, Bad Hamburgo/Berlin/Zürich, Verlag Gehlen, 1969, pp. 58-62; Gérard Farjat, *Droit Économique*, Paris, PUF, 1971, pp. 189-198; Massimo Severo Giannini, *Diritto Pubblico dell'Economia*, reimpr. da 3ª ed., Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 163-166; Jean-Philippe Colson, *Droit Public Économique*, cit., pp. 297-301 e 328-330; Pierre Delvolvé, *Droit Public de l'Économie*, Paris, Dalloz, 1998, pp. 672-675 e 706-731 e Peter Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung: Ein exemplarischer Leitfaden*, 2ª ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2005, pp. 145-164.

9. Waldemar Martins Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, cit., pp. 138-145 e Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 367-368, 374 e 376-378. Sobre a influência do direito público na estrutura societária das empresas estatais na Alemanha, v. Günter Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen*, cit., pp. 318-324 e 374-378 e Volker Emmerich, *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, cit., pp. 162-165 e 189-210.

10. Waldemar Martins Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, cit., pp. 131-133 e 176-177; Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 354-355; Maria Teresa Cirenei, *Le Imprese Pubbliche*, cit., pp. 538-539 e 590-592 e Luis S. Cabral de Moncada, *Direito Econômico*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2007, pp. 397-401. Segundo Roberto Cafferata, a participação igualitária entre capitais públicos e privados ou a participação do capital estatal como minoritário em empresas privadas pode ser um instrumento de política econômica atrativo econômica e financeiramente para o setor privado. No entanto, ressalta, quanto mais o setor público estiver voltado para o mercado com critérios de pura economicidade empresarial, e não com preocupações de política macroeconômica, mais equilíbrio haverá na parceria e mais atrativa esta será para o poder privado. Cf. Roberto Cafferata, *La Società per Azioni Pubblica: Equilibrio Economico e Strategie di Transizione*, Milano, FrancoAngeli, 1993, pp. 149-150.

de direito privado permanece a mesma, apesar do acionista estatal, inclusive não sendo vinculada às limitações que os entes da Administração Pública Indireta, mesmo dotados de personalidade jurídica de direito privado (como as sociedades de economia mista e as empresas públicas), estão, como a necessidade de contratação de funcionários por concurso público ou submissão aos procedimentos estipulados na Lei de Licitações (Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993).

Não se aplica o regime jurídico das sociedades de economia mista a todas as sociedades em que o Estado tenha participação acionária. Uma empresa subsidiária constituída mediante a devida autorização legal tem a mesma natureza jurídica do ente estatal que a controla. Já as subsidiárias e empresas criadas por uma sociedade de economia mista ou que possuam participação acionária desta, sem a devida autorização legal não podem ser consideradas como sociedades de economia mista. Não é aplicável o regime de direito administrativo, ainda que parcialmente, às sociedades que, embora controladas por sociedades de economia mista, não foram criadas como sociedade de economia mista por lei, não podendo, assim, ser classificadas como "sociedades de economia mista de segundo grau". Em qualquer destes casos, o que há são sociedades comerciais comuns, sem nenhum vínculo com a Administração Indireta do Estado.

O art. 235, § 2º, da Lei das S/A,¹¹ inclusive, exclui expressamente da qualificação de sociedade de economia mista as empresas que não foram criadas por lei, embora tenham participação acionária estatal

direta ou indireta. Mesmo que controlada pelo Estado ou por um ente estatal, como uma sociedade de economia mista, se não foi criada por lei, a sociedade em questão é regida exclusivamente pelo direito privado, não é um instrumento de atuação do Estado. O fato de ser controlada por um ente estatal não a torna uma sociedade de economia mista.¹²

Com base no art. 5º, III, do Decreto-lei n. 200/1967 e no art. 236 da Lei n. 6.404/1976, que exigem a prévia autorização legislativa para a criação das sociedades de economia mista, o Supremo Tribunal Federal, sob o regime constitucional anterior, decidiu reiteradas vezes no mesmo sentido de que a sociedade de economia mista não pode ser confundida com a sociedade com participação acionária estatal, como no julgamento do RE n. 91.035-2-RJ (rel. Ministro Soares Muñoz), em 26 de junho de 1979:

"Ementa: Sociedade de Economia Mista. Com ela não se confunde a sociedade sob o 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".¹³

12. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 415-416 e 420; Mauro Rodrigues Penteado, "As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988", *Revista de Informação Legislativa* 102/55-68, Brasília, abr.-jun./1989 e Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 364-365.

13. O mesmo conteúdo da ementa, com modificações mínimas, foi publicada por ocasião do julgamento dos RE n. 92.338-1-RJ (rel. Ministro Soares Muñoz), em 18.3.1980; RE n. 92.340-3-RJ (rel. Ministro Soares Muñoz), em 25.3.1980; RE n. 93.175-9-RJ (rel. Ministro Soares Muñoz), em 14.10.1980; RE n. 94.777-9-RJ (rel. Ministro Soares Muñoz), em 14.8.1981 e RE n. 95.554-2-RJ (rel. Ministro Rafael Mayer), em 2.3.1982. Em decisão anterior, inclusive, o STF já havia se manifestado pela necessidade de lei autorizando a criação de sociedade de economia mista, conforme o voto do Ministro Moreira Alves no RE n. 79.840-MG (rel. Ministro Moreira Alves), j. 18.8.1975.

11. Art. 235, § 2º da Lei das S/A: "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". O capítulo a que o dispositivo se refere é o Capítulo XIX da Lei das S/A, que trata justamente das sociedades de economia mista (arts. 235 a 242, estando os arts. 241 e 242 hoje revogados).

E no julgamento do RE n. 94.777-9-RJ (rel. Ministro Décio Miranda), em 14 de agosto de 1981:

“*Ementa*: Comercial. Sociedade Anônima. Sociedade de Economia Mista. É sociedade de economia mista aquela criada por lei, não bastando para caracterizá-la como tal a simples presença de capital público (Lei n. 6.404, de 15.12.1976, art. 236)”.¹⁴

Estas decisões do Supremo Tribunal Federal foram proferidas com base exclusiva na previsão legal do Decreto-lei n. 200/1967 e da Lei n. 6.404/1976. No atual regime constitucional, sequer haveria necessidade de se mencionar estes diplomas legislativos, pois a própria Constituição de 1988, em seu art. 37, XIX, prevê expressamente a necessidade de lei específica para autorizar a criação de uma sociedade de economia mista. Se a sociedade anônima, embora tenha participação acionária estatal, não tiver sido instituída por lei, não será uma sociedade de economia mista.

2. A necessidade de autorização legislativa para a participação estatal em empresas privadas

As empresas estatais, para os formuladores do Decreto-lei n. 200/1967, deveriam ter condições de funcionamento e de operação idênticas às do setor privado. Além disso, sua autonomia deveria ser garantida, pois elas seriam vinculadas, não subordinadas, aos ministérios, que só poderiam efetuar um controle de resultados.¹⁵ Como se explica, então, a expansão das empresas estatais no pós-1964? Apesar do discurso oficial de restrição à atuação estatal na esfera econômica de liberais insuspeitos como Octávio Gouveia de Bu-

lhões, Roberto Campos, Antônio Delfim Netto e Mário Henrique Simonsen, cerca de 60% (sessenta por cento) das empresas estatais do Brasil foram criadas entre 1966 e 1976.¹⁶

O governo militar brasileiro instalado após 1964 tem uma grande preocupação em conter o déficit público e combater a inflação. Para tanto, vai promover medidas que reformulam a captação de recursos e as transferências intergovernamentais para as empresas estatais, além de exigir uma política “realista” de preços. As reformas realizadas pelo PAEG (Plano de Ação Econômica do Governo), implementado por Octávio Gouveia de Bulhões e Roberto Campos, visavam, fundamentalmente, recuperar a economia de mercado.¹⁷ Um dos objetivos explícitos do Decreto-lei n. 200/1967 foi, justamente, aumentar a “eficiência” do setor produtivo público por meio da descentralização na execução das atividades governamentais. As empresas estatais tiveram, assim, que adotar padrões de atuação similares aos das empresas privadas, foram obrigadas a ser “eficientes” e a buscar fontes alternativas de financiamento.

Dotadas de maior autonomia, as empresas estatais passaram a ser legalmente entendidas como empresas capitalistas privadas (art. 27, parágrafo único do Decreto-lei n. 200/1967¹⁸). Deste modo, aplicando a “racionalidade empresarial”, muitas em-

16. Cf. Luciano Martins, *Estado Capitalista e Burocracia no Brasil Pós-64*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991, pp. 60-62.

17. Sobre o PAEG, v. Antônio José Avelãs Nunes, *Industrialização e Desenvolvimento: a Economia Política do “Modelo Brasileiro de Desenvolvimento”*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 351-413 e Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991, pp. 229-242 e 261-288.

18. Art. 27, parágrafo único do Decreto-lei n. 200: “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”.

14. A mesma ementa foi publicada por ocasião do julgamento do RE n. 96.336-7-RJ (rel. Ministro Décio Miranda), em 2.3.1982.

15. José de Nazaré Teixeira Dias, *A Reforma Administrativa de 1967*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1969, pp. 78-80.

presas estatais se expandiram para ramos de atuação diferenciados e de alta rentabilidade, além de também passarem a recorrer ao endividamento externo. O Estado ampliou sua participação no setor de bens e serviços, aumentando a quantidade de empresas estatais nos setores de energia, transportes, comunicações, indústria de transformação (petroquímica, fertilizantes, etc.), financeiras e outros serviços (processamento de dados, comércio exterior, equipamentos, etc.). A expansão das empresas estatais pode ser explicada também pelo arcabouço jurídico do Decreto-lei n. 200/1967. A descentralização operacional prevista no Decreto-lei n. 200/1967 propiciou a oportunidade para a criação de várias subsidiárias das empresas estatais já existentes, formando-se *holdings* setoriais e expandindo-se, assim, a atuação das estatais. O Estado já vinha atuando na maior parte dos setores mencionados, mas expandiu sua atuação para manter a política de crescimento econômico acelerado.

A autonomia das estatais (como bem ressalta Luciano Martins, autonomia em relação ao governo, não em relação ao sistema econômico) é reforçada, assim, com a capacidade de adquirir autofinanciamento e de contrair empréstimos no exterior. Quanto maior for essa capacidade, mais autônoma (em relação ao governo) é a empresa estatal. Segundo Fernando Rezende, foi justamente esta “eficiência” a causa da maior amplitude da intervenção direta do Estado na produção de bens e serviços, contradizendo o discurso governamental oficial de limitação e redução do papel do Estado na economia.¹⁹

19. Wilson Suzigan, “As empresas do governo e o papel do Estado na economia brasileira”, in Fernando Rezende *et al.*, *Aspectos da Participação do Governo na Economia*, Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1976, pp. 89-90 e 126; Fernando Rezende, “O crescimento (descontrolado) da intervenção governamental na economia brasileira”, in Olavo Brasil de Lima Jr. e Sérgio Henrique Abranches (coords.), *As Origens da Crise: Estado Autoritário e Planejamento no Brasil*, São Paulo/Rio de Janeiro,

A reação a esta situação herdada do regime militar foi o dispositivo do art. 37, XX, da Constituição de 1988, que tenta recuperar o controle do Poder Legislativo sobre a expansão do setor estatal:

Art. 37, 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”.

O art. 37, XX, da Constituição de 1988, portanto, determina expressamente a necessidade de autorização legislativa para a criação de subsidiárias das entidades administrativas mencionadas no inciso XIX do mesmo artigo (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações), bem como sua participação em empresa privada.

A dúvida que pode existir diz respeito à expressão “em cada caso” para a autorização legislativa para a criação de subsidiárias ou participação em empresa privada dos entes estatais mencionados no art. 37, XIX, da Constituição. Neste inciso XX do art. 37, ao contrário do inciso XIX, não há qualquer referência à “lei específica”, como no caso da criação de empresas estatais, mas ao caso de cada empresa ou ente público. Não há a necessidade de indicação expressa de qual empresa específica receberá investimento público. A expressão “cada caso” indica a área ou a atividade a ser contemplada. Entendo, assim, que esta expressão “em cada caso” deve ser compreendida como “no caso de cada ente” que se proponha a criar subsidiárias ou a participar de outras sociedades. As empresas estatais que possuírem autorização legislativa, seja pela sua lei de criação, ou seja, por alguma lei posterior, podem atuar neste sentido. Se este inciso fosse compreendido de outra maneira, a existência de inúmeras entidades estatais que atuam em operações de participação, como o próprio BNDES

Vértice/IUPERJ, 1987, pp. 216-218 e Luciano Martins, *Estado Capitalista e Burocracia no Brasil Pós-64*, cit., pp. 70-71 e 75-79.

(Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) seria inviável.²⁰

Este entendimento sobre o disposto no art. 37, XX, da Constituição também foi adotado pelo Congresso Nacional, que aprovou vários diplomas legais concedendo autorizações amplas para a criação de subsidiárias por sociedades de economia mista. Apenas no caso da Petrobrás, por exemplo, foram aprovadas a Lei n. 8.395, de 2 de janeiro de 1992, que autoriza a Petrobrás Química S/A, Petroquisa, a participar minoritariamente de sociedades de capitais privados no Eixo Químico do Nordeste, formado pelos Estados da Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco e Rio Grande do Norte, a Lei n. 8.403, de 8 de janeiro de 1992, que autoriza a Petrobrás e a Petrobrás Distribuidora S/A (BR) a participarem do capital de outras sociedades, e o art. 65 da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, que autoriza a Petrobrás a constituir uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo e derivados e gás natural, podendo, ainda, se associar a outras empresas. A nova lei do petróleo, ainda, concedeu uma autorização genérica para a constituição de subsidiárias pela Petrobrás, estipulando em seu art. 64:

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

O Supremo Tribunal Federal também adotou esta interpretação sobre o alcance

20. Caio Tácito, “As empresas estatais no Direito brasileiro”, in *Temas de Direito Público*, vol. 1, cit., pp. 683-686 e “Sociedade de economia mista. Incorporação de outra empresa”, in *Temas de Direito Público*, vol. 2, cit., pp. 1.154-1.155; Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 381-383, 387-389 e 406-408. Em sentido contrário, defendendo a obrigatoriedade de autorização legislativa caso a caso, v. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 189-190.

da autorização legislativa prevista no art. 37, XX, da Constituição no julgamento da ADI n. 1.649-DF (rel. Ministro Mauricio Corrêa), em 24 de março de 2004:

“*Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 9.478/1997. Autorização à Petrobrás para constituir subsidiárias. Ofensa aos arts. 2º e 37, XIX e XX, da Constituição Federal. Inexistência. Alegação improcedente.* 1. A Lei 9.478/1997 não autorizou a instituição de empresa de economia mista, mas sim a criação de subsidiárias distintas da sociedade-matriz, em consonância com o inciso XX, e não com o XIX do art. 37 da Constituição Federal. 2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”.

A expressão “empresa privada”, que se refere à participação dos entes estatais no art. 37, XX, também não pode ser interpretada de qualquer modo. A Constituição sempre se refere de forma expressa às empresas estatais e suas espécies (empresa pública e sociedade de economia mista). Apesar da determinação constitucional de equivalência de regimes jurídicos entre as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) que explorem atividade econômica e as empresas privadas (art. 173, § 1º, II), o texto constitucional sempre distingue as empresas estatais das empresas privadas propriamente ditas. Todas as vezes em que há referência à “empresa privada” na Constituição, o texto diz respeito às sociedades privadas propriamente ditas, compostas por capital integralmente privado, nunca às sociedades de economia mista, compostas por capital parcialmente privado. O art. 37, XX, menciona a empresa privada neste mesmo sentido.²¹

21. Neste mesmo sentido, o STF se manifestou no julgamento da referida ADI n. 1.649-DF (rel.

A Lei n. 11.908, de 3 de março de 2009 (resultado da aprovação, pelo Congresso Nacional, da Medida Provisória n. 443, de 21 de outubro de 2008), autoriza o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias integrais ou controladas, bem como a adquirirem participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, incluindo empresas de ramos complementares às do setor financeiro (arts. 1º e 2º da Lei n. 11.908/2009). A Lei n. 11.908/2009 apenas concede uma autorização ampla para a criação de subsidiárias e participação em outras sociedades por duas instituições financeiras públicas federais,²² o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal. A eventual participação acionária destas instituições financeiras públicas em outras sociedades não cria uma sociedade de economia mista, nem a Lei n. 11.908/2009 autoriza isto, da mesma forma que a Lei n. 9.478/1997, em seu art. 64, autoriza a Petrobrás a criar subsidiárias distintas da empresa matriz, não sociedades de economia mista. Este, inclusive, foi o mesmo sentido da interpretação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 1.649-DF, relatado acima.

A Lei n. 11.908/2009 consagra instrumentos para que os bancos públicos federais possam atuar em igualdade de condições com os grandes bancos privados. Afinal, a Constituição de 1988 garante da mesma forma a iniciativa econômica individual, a iniciativa econômica cooperativa (arts. 5º, XVIII, e 174, § 3º e § 4º, da Constituição) e a iniciativa econômica pública (arts. 173

e 177 da Constituição, entre outros). Portanto, esta previsão legal não fere, de maneira alguma, o princípio constitucional da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da Constituição de 1988). A livre iniciativa, no texto constitucional de 1988, não representa o triunfo do individualismo econômico, mas é protegida em conjunto com a valorização do trabalho humano, em uma ordem econômica com o objetivo de garantir a todos uma vida digna,²³ com base na justiça social. Isto significa que a livre iniciativa é fundamento da ordem econômica constitucional no que expressa de socialmente valioso.²⁴

A livre iniciativa não pode ser reduzida, sob pena de uma interpretação parcial e equivocada do texto constitucional,²⁵ a

23. Sobre as relações entre ordem econômica constitucional e dignidade da pessoa humana, v. Gilberto Bercovici, "Dignidade da pessoa humana e a Constituição Econômica de 1988", in José Ribas Vieira (org.), *Vinte Anos da Constituição Cidadã de 1988: Efetivação ou Impasse Institucional?*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 319-325.

24. Cf. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 200-208; Fábio Konder Comparato, "Regime constitucional do controle de preços no mercado", *Revista de Direito Público* 97/18-23, São Paulo, Ed. RT, jan.-mar./1991; Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça, "Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa", in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.), *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 709-741. V., ainda, no direito europeu, Antonis Maniatakis, *La Liberté du Commerce et de l'Industrie en Droit Belge et en Droit Français*, Bruxelles, Bruylant, 1979, pp. 31-37 e 265-277; Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución Económica Española: Iniciativa Económica Pública "versus" Iniciativa Económica Privada en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 148-169; Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Econômico*, cit., pp. 140-151; Natalino Irti, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, 4ª ed., Roma/Bari, Laterza, 2001, pp. 18-20, 68-69, 85-88 e 93-96 e José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2007, pp. 791-792.

25. Como exemplo deste tipo de argumentação sem nenhum fundamento no texto constitu-

Ministro Maurício Corrêa), em março de 2004. Sobre a discussão teórica em torno da conceituação de empresa, v. Paula A. Forgioni, *O Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado*, mimeo., São Paulo, Faculdade de Direito da USP (Tese de Titularidade), 2008, pp. 53-102.

22. O art. 237, § 2º da Lei das S/A já determinava que a participação de instituições financeiras de economia mista, como o Banco do Brasil, no capital de outras sociedades necessita de autorização do Banco Central. V. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 409-410.

liberdade econômica plena ou à liberdade de empresa, pois abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas, como a iniciativa econômica individual, a iniciativa econômica cooperativa e a própria iniciativa econômica pública. A Constituição brasileira, assim como várias outras constituições contemporâneas, não exclui nenhuma forma de intervenção estatal, nem veda ao Estado atuar em nenhum domínio da atividade econômica. A amplitude maior ou menor desta atuação econômica do Estado é consequência das decisões políticas democraticamente legitimadas, não de alguma determinação constitucional expressa. Mas o Estado deve ter sua iniciativa econômica pública protegida de forma semelhante às das iniciativas privada e cooperativa. A iniciativa econômica pública, obviamente, tem suas especificidades, pois é determinada positivamente pela Constituição ou pela lei (assim como a liberdade de iniciativa privada também é limitada pela lei) e deve se dar de acordo com o interesse público, ou, mais especificamente, com os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173 da Constituição).²⁶

cional de 1988, v. Luís Roberto Barroso, "Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada", in *Temas de Direito Constitucional*, t. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 145-188 e Paulo Bonavides, "Serviço postal (art. 21, X)", *Revista de Direito do Estado* 6/323-324, Rio de Janeiro, abr.-jun./2007.

26. Sobre a iniciativa econômica pública, v., ainda, Maria Teresa Cirenei, *Le Imprese Pubbliche*, cit., pp. 212-220; Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución Económica Española*, cit., pp. 90-99; Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, cit., pp. 224-230; Natalino Irti, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, cit., pp. 19-20; Paolo De Carli, *Lezioni ed Argomenti di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, CEDAM, 1995, pp. 36-38 e 40-41; José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., pp. 958-959 e 982-986 e Gilberto Bercovici, "Os princípios estruturantes e o papel do Estado", in José Celso Cardoso Jr. (org.), *A Constituição Brasileira de 1988 Revisitada: Recuperação Histórica e Desafios Atuais das Políticas Públicas nas Áreas Econômica e So-*

O Estado brasileiro é regido por uma Constituição cujos preceitos reclamam, de uma forma ou de outra, a atuação estatal no domínio econômico. A Constituição de 1988, assim, não exclui nenhuma forma de intervenção estatal, nem veda ao Estado atuar em nenhum domínio da atividade econômica. A Lei n. 11.908/2009, neste sentido, apenas confere ao setor bancário público federal instrumentos mais adequados para sua atuação mais eficaz e para o cumprimento de seus objetivos fixados legal e constitucionalmente.

3. Poder de controle e controle conjunto

Desde a publicação da célebre obra de Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, em 1976, o núcleo das questões societárias está nos debates sobre o poder de controle. A Lei das Sociedades Anônimas introduziu, em seu art. 116, a necessidade de o controlador ser detentor da titularidade dos direitos de sócio. Além disto, o poder de controle necessita ter relativa estabilidade, devendo ser exercido de forma permanente, não episódica ou eventual, por um ou um grupo determinado de acionistas.²⁷ Quando várias pessoas exercem o controle em conjunto, todas são consideradas controladoras, possuindo as mesmas responsabilidades. Este grupo possui o bloco de controle, isto é, a quantidade de ações, títulos e direitos que garante o exercício do poder de controle.

O controle conjunto ou por associação ocorre por meio da organização de um grupo de acionistas, que buscam associar seus interesses convergentes temporária ou

cial, vol. I, Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2009, pp. 258-266.

27. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 51 e ss. V., também, Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 2, cit., pp. 423-432 e 435 e José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, cit., pp. 356-360.

permanentemente. Nos casos de controle conjunto, o acionista majoritário, embora detenha a maioria das ações, é obrigado a contar com o apoio de outro acionista para exercer a direção efetiva da sociedade. Nesta situação, vários acionistas atuam, necessariamente, na realização das atividades sociais, configurando-se por meio de definições sobre *quorums* qualificados para determinadas decisões societárias e partilha na administração da empresa.²⁸ O instrumento previsto legalmente para a formalização deste tipo de controle é o acordo de acionistas (art. 118 da Lei das S/A).²⁹ O exercício do poder de controle foi introduzido, inclusive, expressamente no *caput* do art. 118 da Lei das S/A pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001, como objeto do acordo de acionistas:

28. Fábio Konder Comparato, "Sociedade de economia mista transformada em sociedade anônima ordinária – Inconstitucionalidade", *Revista Trimestral de Direito Público* 25/63-65, São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

29. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., pp. 63 e 84-86 e José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, cit., pp. 354-355. Deve ser ressaltado que uma sociedade de economia mista não pode, no entanto, efetuar qualquer acordo de acionistas. A sociedade de economia mista não pode efetuar acordos de acionistas que transfiram o poder de controle estatal para sócios minoritários privados. O Estado deve ser o controlador de direito e de fato, ou seja, não pode compartilhar o poder de controle de sociedade de economia mista. Afinal, o Estado não tem disponibilidade para negociar livremente o interesse público, pois está vinculado à Constituição e à legalidade. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 179; Fábio Konder Comparato, "Sociedade de economia mista transformada em sociedade anônima ordinária – Inconstitucionalidade", cit., pp. 65-68; Lúcia Valle Figueiredo, "Privatização parcial da CEMIG – Acordo de acionistas – Impossibilidade de o controle societário ser compartilhado entre o Estado de Minas Gerais e o acionista estrangeiro minoritário", *RDM* 118/227-235, São Paulo, Malheiros Editores, abr.-jun./2000 e Eros Roberto Grau, "Sociedade de economia mista – Nulidade de acordo de acionistas que importa em mudança de seu acionista controlador", *Revista de Direito Administrativo* 222/350-357, Rio de Janeiro, Renovar, out.-dez./2000.

Art. 118, *caput*: "Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do *poder de controle* deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede" (grifos meus).

Com a previsão legal do exercício comum do poder de controle, a legislação societária brasileira adotou o sistema do "acordo de voto em bloco" (*pooling agreement*). Neste sistema, segundo Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, os acionistas deliberam previamente a direção na qual serão dados os votos pelas ações do bloco de controle. Ou seja, o acordo de voto em bloco manifesta o exercício comum do controle societário ao manifestar a votação unívoca, como um todo, do bloco de controle. Os acionistas integrantes do grupo de controle mantêm todos os seus direitos e prerrogativas com este acordo, exceto o poder de voto, que é utilizado pelo bloco de controle para alcançar os fins comuns almejados, obviamente, dentro dos parâmetros legais e de respeito ao interesse social.³⁰

Nas companhias fechadas, nos casos de controle conjunto, há quem afirme que não há, de fato, exercício do poder de controle, pois não há preponderância nas deliberações sociais ou poder de eleger a maioria dos administradores.³¹ Pelo contrário, o acordo de acionistas estipula as regras necessárias de como dirigir a sociedade em conjunto, fixando os *quorums* para deliberação (no caso em análise, de

30. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., pp. 216-229; Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2, pp. 454-484; Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 211-223 e José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, cit., pp. 362-371.

31. V. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, "O poder de controle na *joint venture*", in *A Lei das S/A*, vol. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1996, pp. 188-189.

setenta e cinco por cento do capital votante para a Assembleia Geral e, para o Conselho de Administração, de quatro, dos seis, membros) e a divisão das indicações para o Conselho de Administração (no presente caso, em um Conselho composto por seis membros, três são indicados por cada um dos dois sócios e ainda há um presidente sem voto de qualidade, escolhido alternadamente). O poder de controle, ou seja, o poder de eleger a maioria dos administradores e dirigir efetivamente as atividades da empresa (art. 116 da Lei das S/A) ou que assegure a preponderância de suas posições nas deliberações sociais (art. 243, § 2º, da Lei das S/A), não tem como se manifestar na estrutura acordada no presente caso.

Mesmo a ampla e vaga concepção de “influência dominante” é difícil de ser percebida neste caso. Esta noção corresponde, em parte, à própria noção de poder de controle, tanto em seus aspectos internos como externos. Na matriz legislativa alemã (leis de 1937 e de 1965), “influência dominante” significa a ocorrência de controle em virtude de outros fatores que não a posição acionária majoritária, podendo englobar do controle minoritário interno ao controle externo.³² No entanto, quando o controle é conjunto, a “influência dominante” não é perceptível, pois, no caso, ambos os acionistas devem atuar em conjunto na administração e gestão da sociedade, sem nenhuma preponderância, com praticamente os mesmos direitos, deveres e responsabilidades.

Estes conceitos do direito societário são utilizados no direito público como elementos da caracterização das sociedades de economia mista. Afinal, a Lei das S/A se aplica às sociedades de economia mista, desde que seja preservado o interesse público que justifica sua criação e atuação

(art. 235). No entanto, estes conceitos do direito societário não são *suficientes* para a constituição de uma sociedade de economia mista. O fato de o Estado ser acionista, mesmo que majoritário e exercendo o poder de controle, de uma sociedade privada, não basta para transformá-la em sociedade de economia mista. A sociedade de economia mista precisa ter sua criação autorizada expressamente por lei (art. 37, XIX, da Constituição de 1988).

4. O controle e a fiscalização externa e o conceito de empresa estatal

Sob a Constituição de 1988, as sociedades de economia mista e as empresas públicas estão subordinadas às finalidades do Estado, como o desenvolvimento (art. 3º, II, da Constituição). Neste sentido, é correta a afirmação de Paulo Otero, para quem o interesse público é o fundamento, o limite e o critério da iniciativa econômica pública.³³ A legitimação constitucional, no caso brasileiro, desta iniciativa econômica pública, da qual a sociedade de economia mista Banco do Brasil constitui um exemplo, se dá pelo cumprimento dos requisitos constitucionais e legais fixados para a sua atuação.

Como ressalta Washington Peluso Albino de Souza, a criação de uma empresa estatal, como uma sociedade de economia mista, já é um ato de política econômica.³⁴ A sociedade de economia mista, como o Banco do Brasil, é um instrumento de atuação do Estado, devendo estar acima, por-

33. Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra, Coimbra Ed., 1998, pp. 122-131 e 199-217. V. também Günter Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen*, cit., pp. 87-98; Volker Emmerich, *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, cit., pp. 234-235; Jean-Philippe Colson, *Droit Public Économique*, cit., pp. 99-111 e Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 178-183.

34. Washington Peluso Albino de Souza, *Princípios Linhas de Direito Econômico*, cit., p. 278.

32. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., pp. 81-84 e 533-539.

tanto, dos interesses privados. Embora se apliquem às sociedades de economia mista as disposições da Lei das S/A, esta também prescreve no seu art. 238 que a finalidade da sociedade de economia mista é atender ao interesse público, que motivou sua criação. A sociedade de economia mista está vinculada aos fins da lei que autoriza a sua instituição, que determina o seu objeto social e destina uma parcela do patrimônio público para aquele fim. Não pode, portanto, a sociedade de economia mista, por sua própria vontade, utilizar o patrimônio público para atender finalidade diversa da prevista em lei,³⁵ conforme expressa o art. 237 da Lei das S/A.

O objetivo essencial das sociedades de economia mista não é a obtenção de lucro, mas a implementação de políticas públicas. Segundo Fábio Konder Comparato, a legitimidade da ação do Estado como empresário (a iniciativa econômica pública) é a produção de bens e serviços que não podem ser obtidos de forma eficiente e justa no regime da exploração econômica privada. Não há nenhum sentido em o Estado procurar receitas por meio da exploração direta da atividade econômica.³⁶ A esfera de atuação das sociedades de economia mista é a dos objetivos da política econômica, de estruturação de finalidades maiores, cuja instituição e funcionamento ultrapassam a racionalidade de um único ator individual (como a própria sociedade ou seus acionistas). A empresa estatal em geral, e a sociedade de economia mista em particular, não tem apenas finalidades microeconômicas,

ou seja, estritamente “empresariais”, mas tem essencialmente objetivos macroeconômicos a atingir, como instrumento da atuação econômica do Estado.³⁷

A finalidade de qualquer ente da Administração é obter um resultado de interesse público, decorrente explícita ou implicitamente da lei. O Banco do Brasil é um instrumento da política nacional de crédito, como determina o art. 22, *caput*, da Lei n. 4.595/1964, sendo os seus objetivos fixados também por lei (no caso, no art. 19 da mesma Lei n. 4.595/1964), não podendo furtar-se a estes objetivos. Deve cumpri-los, sob pena de desvio de finalidade. Isto quer dizer que a finalidade é condição obrigatória de legalidade de qualquer atuação administrativa, marcada, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, pela ideia de função. Quem define a finalidade da atuação dos órgãos da Administração Pública é o legislador, não as autoridades administrativas. Na possibilidade de se ver infringida, direta ou indiretamente, a finalidade legal, como o atendimento de um fim particular em detrimento do interesse público, ou, na feliz expressão de Caio Tácito, “a aplicação da competência para fim estranho ao estabelecido em lei”, estará ocorrendo desvio de finalidade ou desvio de poder.³⁸ Há, no desvio de finalidade,

37. Maria Teresa Cirenei, *Le Imprese Pubbliche*, cit., pp. 479-480 e 483 e Roberto Cafferata, *La Società per Azioni Pubblica*, cit., pp. 31, 42 e 104-105. V. também Alfredo de Almeida Paiva, “As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado”, cit., pp. 319-320; Volker Emmerich, *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, cit., pp. 71-78 e Gilberto Bercovici, “Os princípios estruturantes e o papel do Estado”, cit., pp. 266-269.

38. O excesso de poder (*détournement de pouvoir*) é uma criação jurisprudencial do Conselho de Estado francês no final do século XIX, sendo o desvio de poder (ou desvio de finalidade) uma de suas formas possíveis de manifestação. Hauriou, p.ex., chega a identificar o desvio de finalidade com a ilegalidade e com a violação da moralidade administrativa. Cf. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 10ª ed., Paris, Sirey, 1921, p. 424. V., ainda, Henry Berthélemy, *Droit*

35. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 417-418.

36. Cf. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., pp. 371-373 e 560 e Eros Roberto Grau, “Sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações e autarquias prestadoras de serviço público: o tema do lucro”, *Revista Trimestral de Direito Público* 6/273-276, São Paulo, Malheiros Editores, 1994. V., ainda, Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 376-378 e 412-418 e Günter Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen*, cit., pp. 86-87 e 106-110.

uma incompatibilidade objetiva, ainda que possa ser disfarçada,³⁹ entre a finalidade legal que deveria ser atendida e a intenção particular de finalidade do ato praticado pela autoridade administrativa.

Esta noção de desvio de poder, proveniente do direito administrativo, foi incorporada também ao direito societário (art. 154 da Lei das S/A), correspondendo a uma espécie de fraude à lei praticada pelos administradores da sociedade. Para autores

Administratif, 9ª ed., Paris, 1920, pp. 1.042-1.054; Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 274-277; Fritz Fleiner, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, cit., pp. 95-97 e 162-164; Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. 1, cit., pp. 92-93 e Michel Stassinopoulos, *Traité des Actes Administratifs*, 2ª ed., Paris, LGDJ, 1973, pp. 216-218. No direito público brasileiro, a doutrina do desvio de finalidade foi introduzida a partir das considerações de Miguel Seabra Fagundes, Victor Nunes Leal (que, embora favorável à tese, buscou, corretamente, restringir a possibilidade de análise judicial sobre o mérito e a discricionariedade dos atos administrativos, tentando evitar, assim, que o legislador fosse substituído pelo juiz) e Caio Tácito. V. Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, pp. 71-73; Victor Nunes Leal, "Poder discricionário e ação arbitrária da Administração", in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 278-294; de Caio Tácito, "O abuso do poder administrativo no Brasil", in *Temas de Direito Público*, vol. 1, cit., pp. 39 e 52-53, "O desvio de poder em matéria administrativa", in *Temas de Direito Público*, vol. 1, cit., pp. 74-75, 89-92, 101-103 e 157-158 e "Teoria e prática do desvio de poder", in *Temas de Direito Público*, vol. 1, cit., pp. 162-168 e 178-180. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, pp. 53-83; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 377-380 e 923-926; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 194-195, 203, 222 e 225; Régis Fernandes de Oliveira, *Ato Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1992, pp. 93-96 e Irene Patrícia Nohara, *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos*, São Paulo, Atlas, 2006, pp. 173-187. Para o caso das sociedades de economia mista, v., ainda, Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., p. 417.

39. Miguel Seabra Fagundes fala explicitamente em "burla da intenção legal" (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, cit., p. 72).

como Fábio Konder Comparato, a utilização da doutrina do desvio de poder para a análise dos atos praticados por dirigentes de sociedades anônimas (como as sociedades de economia mista, por exemplo) é "uma das grandes conquistas atuais". A Lei das S/A, em seu art. 239, dispõe, ainda, que as sociedades de economia mista terão, obrigatoriamente, um Conselho de Administração, com participação dos acionistas minoritários, ressaltando que os deveres e responsabilidades dos administradores das sociedades de economia mista são os mesmos dos administradores das empresas privadas (art. 239, parágrafo único).

As sociedades de economia mista estão, também, subordinadas ao controle externo do Tribunal de Contas (art. 71, II, III e IV). O dispositivo constitucional de fiscalização das sociedades de economia mista pelo Tribunal de Contas da União está regulamentado pelo art. 7º da Lei n. 6.223, de 14 de julho de 1975 (com as alterações introduzidas pela Lei n. 6.525, de 11 de abril de 1978), e pelo art. 1º, I, da Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).⁴⁰ A referida Lei n. 8.443/1992, inclusive, declara no art. 4º, IX, que sua jurisdição também abrange "os representantes da União ou do Poder Público na assembleia geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público 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". No entanto, deve ser feita a ressalva constante do art. 7º, §

40. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 187 e 191-192. V. também Lúcia Valle Figueiredo, *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*, cit., pp. 51-56. A título de comparação, sobre as várias modalidades de controle público das empresas estatais na França, v. Jean-Philippe Colson, *Droit Public Économique*, cit., pp. 337-350; Pierre Delvolvé, *Droit Public de l'Économie*, cit., pp. 731-746 e Jean-Yves Chérot, *Droit Public Économique*, cit., pp. 514-532.

3º, da Lei n. 6.223/1975 (com as alterações introduzidas pela Lei n. 6.525/1978):

Art. 7º, § 3º: “A União, o Estado, o Distrito Federal, o Município ou entidade da respectiva administração indireta que participe do capital de empresa privada detendo apenas a metade ou a minoria das ações ordinárias exercerá o direito de fiscalização assegurado ao acionista minoritário pela Lei das Sociedades por Ações, não constituindo aquela participação motivo da fiscalização prevista no *caput* deste artigo” (grifos meus).

No caso aqui analisado, portanto, a participação da sociedade de economia mista Banco do Brasil no Banco X se enquadra dentro da previsão estipulada pelo art. 7º, § 3º, da Lei n. 6.223/1975, não estando submetida aos mecanismos de fiscalização do Tribunal de Contas, mas aos institutos do direito societário. Além disto, a jurisdição do Tribunal de Contas limita-se a “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta” (art. 71, II, da Constituição). Portanto, não atinge a atividade empresarial ou comercial propriamente dita das sociedades de economia mista, sob pena de uma interferência indevida e excessiva do Tribunal de Contas na própria atividade econômica das sociedades de economia mista, possibilidade esta, inclusive, já rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança n. 23.875-5-DF (rel. para Acórdão Ministro Nelson Jobim), em 7 de março de 2003.⁴¹

O controle centralizado sobre as empresas estatais, apesar de formalmente pre-

visto no Decreto-lei n. 200/1967, nunca foi realmente implementado. A supervisão ministerial, prevista no art. 26 do Decreto-lei n. 200/1967, foi um fracasso, inclusive, devido à maior importância de muitas das empresas estatais em relação aos órgãos encarregados de sua supervisão. Deste modo, o controle interno acabou sendo limitado na esfera puramente burocrática e às questões jurídico-formais.⁴² A última tentativa de instituição de um controle interno sobre as empresas estatais deu-se com a criação, por meio do Decreto n. 84.128, de 29 de outubro de 1979, da Secretaria de Controle de Empresas Estatais (SEST), que tentou substituir o modelo de 1967 por um controle centralizado de caráter eminentemente orçamentário, o que, para Fernando Rezende, “subverte o princípio da autonomia gerencial”. A ênfase de todo e qualquer controle administrativo passou para a responsabilização do gasto público como causa da crise econômica.⁴³

42. Fernando Rezende, “O crescimento (descontrolado) da intervenção governamental na economia brasileira”, cit., pp. 224-226. Sobre a “supervisão ministerial”, v. José de Nazaré Teixeira Dias, *A Reforma Administrativa de 1967*, cit., pp. 89-98 e Mauro Rodrigues Penteado, “As empresas estatais e os sistemas de supervisão e controle”, *Revista de Direito Mercantil* 45/23, São Paulo, Ed. RT, jan.-mar./1982.

43. Fernando Rezende, “O crescimento (descontrolado) da intervenção governamental na economia brasileira”, cit., pp. 228-232. Para a crítica do argumento de que as empresas estatais seriam as principais responsáveis pelo déficit público brasileiro, v. José Carlos de Souza Braga, “Os orçamentos estatais e a política econômica”, in Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo e Renata Coutinho (orgs.), *Desenvolvimento Capitalista no Brasil: Ensaio sobre a Crise*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1984, pp. 194-206. V. também João Sayad, “Aspectos políticos do déficit público”, in Lenina Pomeranz, Jorge Miglioli e Gilberto Tadeu Lima (orgs.), *Dinâmica Econômica do Capitalismo Contemporâneo: Homenagem a Michal Kalecki*, São Paulo, EDUSP, 2001, pp. 248-250. Sobre a criação da SEST no contexto de aumento do controle sobre o orçamento público no Brasil, processo que se encerraria com a Lei de Responsabilidade Fiscal, em 2000, v. Gilberto Bercovici e Luis Fernando Massonetto, “A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição fi-

41. Além do Tribunal de Contas da União, as sociedades de economia mista federais, como o Banco do Brasil, estão submetidas à fiscalização da Controladoria-Geral da União (arts. 17 a 20 da Lei n. 10.683/2003) e ao Sistema Interno de Controle do Poder Executivo Federal, instituído pelo Decreto n. 3.591, de 6.9.2000. Este decreto determina que os Conselhos de Administração das entidades da Administração Indireta instituem unidades de auditoria interna a eles vinculados (art. 15).

A criação da SEST, no entanto, trouxe outra questão: a ampliação da concepção de “empresa estatal” para além do que define o Decreto-lei n. 200/1967. O Decreto n. 8.129/1979 definiu, em seu art. 2º, empresa estatal como: “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”. A definição do Decreto n. 8.129/1979 é juridicamente equivocada, pois inclui as autarquias e fundações como espécies de empresas estatais, o que não faz o menor sentido, além de ampliar excessivamente o alcance da categoria “empresa estatal”, para além da empresa pública e da sociedade de economia mista, incluindo as suas subsidiárias (independentemente da sua criação ter sido autorizada por lei ou não) e todas as empresas controladas pela União, direta ou indiretamente, que não fazem parte da Administração Indireta.⁴⁴

nanceira e a agonia da Constituição econômica”, *Boletim de Ciências Econômicas*, vol. XLIX, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2006, pp. 60-64. Apenas a título de registro, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 4.5.2000) não se aplica a qualquer empresa estatal, mas apenas às denominadas “empresas estatais dependentes”, ou seja, as empresas controladas pelo Estado que recebem recursos estatais para despesas com pessoal e custeio em geral e as que recebem recursos de despesa de capital, se não forem provenientes do aumento de participação acionária (art. 2º, III, da Lei Complementar n. 101/2000). V. Eros Roberto Grau, “A Lei de Responsabilidade Fiscal e as empresas estatais”, *Revista Trimestral de Direito Público* 30/17-21, São Paulo, Malheiros Editores, 2000 e Simone de Almeida Carrasqueira, *Investimento das Empresas Estatais e Endividamento Público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 26-37.

44. De Mauro Rodrigues Penteado, “As empresas estatais e os sistemas de supervisão e controle”, cit., pp. 21-22 e 25-26 e “As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988”, cit., pp. 50-51; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., p. 412 e Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, t. I, cit., pp. 364-365.

O equívoco da definição ampliada de “empresa estatal” da SEST foi mantido pela legislação posterior. O Decreto n. 137, de 27 de maio de 1991, instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais e, em seu art. 1º, parágrafo único, manteve a definição ampliada de “empresa estatal”, considerada como *empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, e demais entidades sob controle direto ou indireto da União*. Por sua vez, este decreto foi revogado pelo Decreto n. 3.735, de 24 de janeiro de 2001, cuja definição de “empresa estatal” (art. 1º, § 1º) é: “consideram-se empresas estatais federais as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”. Esta última definição tornou-se predominante em toda a legislação posterior, como na Lei n. 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, que organiza e disciplina os sistemas de planejamento e de orçamento federal (art. 7º, parágrafo único), e no Decreto n. 6.021, de 22 de janeiro de 2007, que cria a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (art. 1º, parágrafo único, I).

Apesar da permanência da concepção ampliada de “empresa estatal” em alguns textos normativos, as sociedades controladas pelo Estado ou as sociedades nas quais o Estado ou seus entes detenham participação acionária não são sociedades de economia mista, nem pertencem à Administração Pública Indireta, salvo se tiveram sua criação autorizada por lei específica (art. 37, XIX, da Constituição). Seu regime societário é de direito comum, embora, no caso das sociedades em que o Estado detenha, direta ou indiretamente, o controle, possam ser submetidas a normas próprias

V. também Simone de Almeida Carrasqueira, *Investimento das Empresas Estatais e Endividamento Público*, cit., pp. 94-97.

de gestão e de controle do Poder Executivo que, neste caso, não estará agindo apenas como Poder Público, mas no exercício legítimo do seu poder de controle (art. 116 da Lei das S/A).⁴⁵ Este, no entanto, não é o caso do Banco X, pois trata-se de uma sociedade em que há o controle conjunto entre o sócio privado e a sociedade de economia mista Banco do Brasil, não havendo fundamento jurídico em uma eventual pretensão de submeter esta sociedade privada específica a normas de gestão e controle próprias do Poder Executivo da União.

RESPOSTA

Diante da argumentação exposta, concluo:

a) O Banco X, após a celebração do acordo de acionistas, não pode ser classificado como sociedade de economia mista. A sociedade de economia mista deve ter sua criação autorizada por lei específica (art. 37, XIX, da Constituição). O Banco X, após a celebração do acordo de acionistas, será uma sociedade anônima comum, com participação acionária de um ente estatal, a sociedade de economia mista Banco do Brasil.

b) O controlador é a pessoa natural ou jurídica, ou grupo de pessoas (grupo de controle), que é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da empresa e a sua preponderância nas decisões sociais (arts. 116 e 243, § 2º, da Lei das S/A). Já o bloco de controle é a quantidade de ações, títulos e direitos que garante o exercício do poder de controle. A sociedade de economia mista, além da criação por lei, tem por característica essencial o poder de controle estatal, sendo, inclusive, vedado ao Estado estabelecer qualquer acordo

de acionistas em que se abra mão deste poder de controle para os sócios minoritários privados. No caso concreto, por se tratar de uma companhia fechada, a estrutura estipulada no acordo de acionistas do Banco X institui um controle conjunto com o Banco do Brasil, não sendo apropriado falar de exercício do poder de controle, pois não há preponderância nas deliberações sociais ou poder de eleger a maioria dos administradores. Estes conceitos do direito societário são utilizados no direito público como elementos da caracterização das sociedades de economia mista. Afinal, a Lei das S/A se aplica às sociedades de economia mista, desde que seja preservado o interesse público que justifica sua criação e atuação (art. 235). No entanto, estes conceitos do direito societário não são *suficientes* para a constituição de uma sociedade de economia mista. O fato de o Estado ser acionista, mesmo que majoritário e exercendo o poder de controle, de uma sociedade privada, não basta para transformá-la em sociedade de economia mista. A sociedade de economia mista precisa ter sua criação autorizada expressamente por lei (art. 37, XIX, da Constituição).

c) A sociedade de economia mista só pode ser criada por meio de autorização legal, não pela via do acordo de acionistas. A realização de um acordo de acionistas em uma empresa na qual uma sociedade de economia mista é sócia é regida pelo direito societário, pois a participação acionária estatal não implica em integração à Administração Pública Indireta.

d) A definição de pertinência à Administração Pública ou não é dada pela Constituição, particularmente pelo seu art. 37. A definição de “empresa estatal” trazida pelo Decreto n. 6.021/2007, entre outros, diz respeito a entes que integram a Administração Pública (empresas públicas e sociedades de economia mista) e entes privados que não integram a estrutura administrativa do Estado, mas que este tem participação societária e, como acionista,

45. V., neste sentido, Mauro Rodrigues Pen-teado, “As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988”, cit., pp. 67-68.

pode exercer seus direitos de controlador ou de minoritário.

e) A participação da sociedade de economia mista Banco do Brasil no Banco X se enquadra dentro da previsão estipulada pelo art. 7º, § 3º, da Lei n. 6.223/1975, não estando submetida aos mecanismos de fiscalização do Tribunal de Contas, mas aos institutos do direito societário.

f) Com o acordo de acionistas, há a previsão de um controle conjunto. Desta forma, a “influência dominante” não é perceptível, pois, no caso, ambos os acionistas devem atuar em conjunto na administração e gestão da sociedade, sem nenhuma preponderância, com praticamente os mesmos direitos, deveres e responsabilidades. Como se trata de participação acionária de sociedade de economia mista em sociedade privada comum, não há nenhuma modificação na natureza jurídica da sociedade privada, que continua a ser regida pelas normas de direito privado, sem nenhuma vinculação à Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993) ou obrigação de contratação via concurso público. Em relação ao patrimônio dos acionistas, as normas que regem o patrimônio de ambos são as do direito civil, conforme determina o art. 173, § 1º, II, da Constituição, que iguala o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de atividade econômica em sentido estrito ao mesmo das empresas privadas em seus aspectos civil, comercial, trabalhista e tributário.

g) No caso específico do acordo de acionistas a ser celebrado entre o Banco do Brasil e o acionista X, o que ocorre, a rigor, é o controle societário conjunto, sem preponderância de nenhum dos acionistas. O acordo de acionistas estipula as regras necessárias de como dirigir a sociedade em conjunto, fixando os *quorums* para deliberação (no caso em análise, de setenta e cinco por cento do capital votante para a Assembleia Geral e, para o Conselho de Administração, de quatro, dos seis, membros) e a divisão das indicações para o

Conselho de Administração (no presente caso, em um Conselho composto por seis membros, três são indicados por cada um dos dois sócios e ainda há um presidente sem voto de qualidade, escolhido alternadamente). O poder de controle, ou seja, o poder de eleger a maioria dos administradores e dirigir efetivamente as atividades da empresa (art. 116 da Lei das S/A) ou que assegure a preponderância de suas posições nas deliberações sociais (art. 243, § 2º, da Lei das S/A), não tem como se manifestar na estrutura acordada no presente caso. Deste modo, ressalte-se, não há poder de controle também do acionista público, o que também, por si só, não acarretaria a sujeição do Banco X às normas da Administração Pública.

h) A situação estabelecida pelo acordo de acionistas prevê o controle conjunto do Banco X, sem preponderância de fato de nenhum dos acionistas. Este controle conjunto pode ser equiparado, em termos de direito societário, ao que o Banco Central do Brasil costuma designar de “controle compartilhado”, pois ambos os sócios possuem praticamente os mesmos direitos, deveres e responsabilidades. A existência do controle conjunto (ou “controle compartilhado”) não torna o Banco X integrante da Administração Pública Indireta. Trata-se, repito, apenas de uma sociedade com participação acionária de uma sociedade de economia mista, o que não é suficiente para transformá-la em uma “sociedade de economia mista de segundo grau” ou algo similar, sem lei específica.

i) Independentemente das alterações da redação do art. 243 da Lei das S/A (promovidas pela Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009), o acordo de acionistas institui o controle conjunto do Banco X, com ambos os acionistas sendo detentores praticamente dos mesmos direitos, deveres e responsabilidades, inclusive perante terceiros, a sociedade e o Sistema Financeiro Nacional. Este controle conjunto não torna, obviamente, conforme reiterado inúmeras vezes,

o Banco X um ente integrante da Administração Pública Indireta.

O Banco X é simplesmente uma sociedade que possui participação acionária de uma sociedade de economia mista, o que não o incorpora à Administração

Pública Indireta nem, para o Sistema Financeiro Nacional, nos termos da Lei n. 4.595/1964, o transforma em Instituição Financeira Pública.

Este é o meu parecer.

São Paulo, 5 de julho de 2009.