

CONTROLE DAS EMPRESAS DO ESTADO (PÚBLICAS E MISTAS)

CAIO TÁCITO

Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade do Estado da Guanabara

A empresa constituída pelo Estado, visando a fins econômicos, tem como antecedente histórico as companhias holandesas e portuguesas que, nos séculos XV e XVI, corporificavam investimentos da Coroa destinados a alcançar, através da conquista dos mares e terras desconhecidos, novas fontes de suprimentos para os mercados europeus.

Foi, todavia, o fenômeno contemporâneo da intervenção do Estado no domínio econômico que realçou o problema dos serviços industriais e comerciais do Estado e de sua estrutura jurídica, inspirada em paradigmas de direito privado. Ampliando a atividade administrativa ao campo tradicionalmente reservado à iniciativa privada, o Estado se converte em um *prestador de bens e serviços*, socializando, no todo ou em parte, categorias de produção e de comércio, em benefício de interesses públicos relevantes.

Nascem, por essa forma, novas pessoas jurídicas administrativas, nas quais a forma é privada, mas o substrato é público. O Direito Administrativo toma de empréstimo ao Direito Comercial o modelo orgânico das sociedades comerciais, predominantemente o da sociedade por ações, instituindo instrumentos flexíveis de ação administrativa no campo da Economia.

Public corporations no direito inglês, *government corporations* ou *authorities* nos Estados Unidos, *enti pubblici economici* na Itália, *établissement publique industriel et commercial*, na França, são variações de um mesmo tema. As chamadas *sociedades de economia*

mista, a seguir evoluídas para as *empresas públicas*, de capital totalmente público, se difundem, nos diversos países, como característica do moderno Estado empresário que passa, na experiência mais recente, aos tipos de organização de âmbito regional, através de comunidades econômicas e de empresas públicas multi-nacionais.

A dualidade de regime jurídico a que se vinculam essas pessoas de direito privado investidas de um *maius* público representa, em verdade, a recepção no Direito Administrativo de instituições de Direito Comercial, ou Civil (como no caso das fundações), com os temperamentos impostos pela atividade-fim, que é a execução de um serviço público.

A norma administrativa — que atende à organização do serviço público — prevalece sobre a norma comercial ou civil, que serve de pano de fundo, mas não imobiliza a vontade do legislador, ao conceber essas criaturas híbridas. A lei administrativa dita o limite em que vão operar as normas privadas, que são subsidiárias em relação àquelas. Este é o fundamento pelo qual, embora o direito das sociedades se inscreva na competência legislativa da União (art. 8.º, n.º XVII, alínea *b*, da Constituição Federal), podem os Estados-membros, na criação de sociedades de economia mista, ou empresas públicas locais, afeiçoar o padrão da sociedade comercial às peculiaridades de seu sistema administrativo. É que aos Estados-membros incumbe, como expressão da autonomia política, organizar os seus próprios serviços públicos, inclusive descentralizando-os mediante a personalização de órgãos sob forma societária. A competência legislativa estadual primária (criação de órgãos administrativos da administração indireta estadual), prefere, na especificidade do exemplo, à competência legislativa federal (normas societárias privadas).

Daí a variedade de estrutura das sociedades de economia mista e das empresas públicas, não somente no plano federal como no estadual e mesmo no municipal. Não obstante a forma societária, são serviços públicos da União, Estados ou Municípios, estruturados segundo a norma própria de direito público, que pode excepcionalizar a administração da sociedade, seja em sua composição, seja em seu funcionamento.

O direito positivo brasileiro, após muitos anos de existência de empresas constituídas pelo poder público, cuidou de sistematizá-

las, oferecendo — como é sabido — no Decreto-lei federal n.º 200, de 1967, modificado pelo Decreto-lei n.º 900, de 1969, uma definição legal de sociedade de economia mista e de empresa pública. Embora se trate de lei de âmbito federal, serve de paradigma às entidades estaduais, conforme o princípio do art. 1.º do Ato Institucional n.º 8, de 1969, completado pelo disposto no Ato Complementar n.º 46, do mesmo ano.

Distinguem-se, primeiramente, aquelas modalidades de órgãos descentralizados da Administração Pública pela formação do capital, que na sociedade de economia mista (como sugere a própria designação) admite a participação privada, que é inaceitável na empresa pública.

De outra parte, destaca-se na *sociedade* de economia mista — na qual a opção terminológica enfatiza a roupagem societária — a prevalência da forma jurídica sobre o conteúdo econômico. Na *empresa* pública, o nome realça antes o substrato econômico do que a natureza jurídica do órgão.

Certo é que, em ambos os casos, a personalidade jurídica de direito privado tem como objetivo precípua a liberação dos processos burocráticos de gestão administrativa e financeira. É, em suma, o repúdio aos sistemas clássicos de controle da administração direta, de forma a propiciar maior flexibilidade operacional e permitir a abstenção dos processos formais da contabilidade pública.

Se a eficiência das empresas estatais repousa, assim, na *fuga ao controle administrativo ordinário*, poder-se-á validamente submetê-las a *controle específico* — uno ou múltiplo — ou, ao contrário, deve a empresa do Estado conviver com a empresa privada apenas na sujeição aos critérios comuns de responsabilidade social? Ou seja, a vigilância do Estado, sobre a sociedade de que participa é estritamente, a de *acionista*, ou transcende a esta, mediante poderes superiores de supervisão?

Desde logo salta aos olhos que as empresas estatais têm, em contraste com as empresas privadas, dois aspectos discriminativos essenciais: a *origem do capital* e o *objeto social*.

A capitalização de recursos públicos, investidos total ou parcialmente na sociedade, impõe uma forma de fiscalização adequada à garantia do patrimônio público.

De outra parte, a empresa estatal visa sempre e predominantemente a um fim de interesse público. A *affectio societatis* — comunhão de vontades individuais endereçada a um fim lucrativo — cede passo à realização de um objetivo de utilidade pública, embora de teor econômico, a impor endereços especiais à sociedade comercial, sem prejuízo do equilíbrio financeiro e da economicidade na gestão.

É a soma desses dois fatores — capital público e finalidade pública — que identifica, basicamente, tanto a sociedade de economia mista, como a empresa pública. São instrumentos administrativos descentralizados, entes paraestatais, que exercem gestão privada do serviço público. O capital público isolado se encontra nas participações acionárias estatais em empresas privadas; a finalidade pública pode estar presente em empresas privadas de utilidade pública. Uma e outra hipóteses não se confundem com a empresa estatal em que ambos os elementos devem estar integrados.

Investimento de dinheiros públicos e execução de serviço público devem emanar de ato material e formalmente legislativo, não se podendo unicamente consumir na esfera do Poder Executivo. Daí porque a criação de sociedade de economia mista ou de empresas depende de autorização legislativa.

Essa afirmação correntia no sentido da precedência de lei institucional, ou autorizativa, como elemento essencial da existência jurídica das empresas estatais é desmentida, aparentemente, nas desapropriações de ações de empresas privadas, que se transformam em sociedades de economia mista ou empresas públicas em razão do ato expropriatório. São conhecidos, no direito brasileiro, os casos em que, mediante declaração de utilidade pública, emanada do Poder Executivo, o Estado emitiu-se na posse e, afinal, no domínio de ações, obtendo por via oblíqua, o domínio dos bens do ativo imobilizado, ou disponível, da sociedade.

Em verdade, porém, o ato executivo é, no caso, oriundo de ato legislativo anterior, geral ou especial, que qualificou a utilidade pública e a consequente vinculação da sociedade, assim estatizada, a uma finalidade de serviço público.

Decorre dessas premissas a resposta à indagação anteriormente feita. Fiscalizar o dinheiro público investido na sociedade e a observância do fim de interesse público dominante no objeto social

importam formas próprias de *controle das empresas públicas* em sentido lato (sociedades de economia mista e empresas públicas *stricto sensu*).

O art. 45 da vigente Constituição Federal insere, expressamente, no âmbito de fiscalização das Casas do Congresso Nacional os atos do Poder Executivo, “inclusive os da administração indireta”, a ser objeto de lei especial.

Trata-se, na hipótese, de norma ampla, que não se limita apenas ao controle de legalidade, mas permite, sobretudo, alcançar o controle de eficiência das entidades descentralizadas da Administração, inclusive, portanto, as sociedades de economia mista e as públicas.

O controle parlamentar a ser instituído poderá encontrar subsídios valiosos na figura já centenária do *Ombudsman*, consagrado na experiência dos países nórdicos, onde surgiu em 1809, na Constituição da Suécia e se difundiu à Finlândia (1919), Dinamarca (1953) e Noruega (1963), alcançando recentemente, a Nova Zelândia (1961 e a Grã-Bretanha (1969), além de alguns ensaios, em nível local, nos Estados Unidos. Trata-se de um Comissário Parlamentar, incumbido do controle de Administração Pública, que, embora desprovido de poderes jurisdicionais, exerce competência efetiva na fiscalização sobre os abusos do poder administrativo, especialmente em função de reclamações dos administrados.

O controle sobre as empresas do Estado não se exaure, porém, nas modalidades específicas ou genéricas do controle parlamentar da Administração.

O controle político, a cargo do Parlamento, é, por natureza, excepcional e intermitente, correspondendo a processos, de certo modo traumáticos, de conflitos de poderes. A tônica contemporânea da supremacia do Executivo na condução dos negócios públicos e a crescente complexidade técnica da Administração Pública, mormente no campo empresarial, tendem a minimizar a participação dos órgãos legislativos tanto no planejamento administrativo como na dinâmica do processo de prestação dos serviços públicos.

É mister, porém, instituir, no acompanhamento da gestão das empresas do Estado, formas de *controle funcional*, que tenham por objeto a aferição da eficiência, legalidade e moralidade administrativas, em todos os níveis, a compreender, portanto, as sociedades comerciais do Estado.

A primeira forma dessa fiscalização permanente sobre as empresas estatais se exprime na regra da *supervisão ministerial*, ou seja, de controle administrativo hierárquico, que insere as sociedades de economia mista, ou empresas públicas, na órbita da administração direta, da qual são satélites. Essa chamada *tutela administrativa* permite às autoridades superiores da Administração Pública o exercício de relativo *poder de mando* sobre aquelas entidades, sem prejuízo de sua personalidade jurídica e da liberdade de gestão que lhes é própria.

Esse controle administrativo — que tanto pode ser *a priori* como *a posteriori*, nos termos da lei — completa-se com a competência superior da Administração Direta no tocante ao planejamento administrativo, econômico e financeiro, segundo as diretrizes de Governo.

A Constituição Federal, ajustada à realidade econômica contemporânea, deu lugar de destaque ao desenvolvimento nacional planejado e harmônico, que alcança tanto os empreendimentos públicos, como indiretamente a economia privada, mediante regulamentação ou, ainda, estímulos fiscais. A competência da União, firmada no art. 8.º, n.º V, se impõe às finanças estaduais (art., 10, n.º V, alínea c) e comanda a ordem econômica e social (arts. 160 e 163).

As empresas públicas e sociedades de economia mista devem merecer, portanto, uma disciplina especial que as integre, sistematicamente, nos planos governamentais, como agentes que são da atividade econômica do Estado.

O control administrativo, expresso mediante a supervisão ministerial, pode, ainda, se desdobrar em dois níveis, ou graus de organização, subordinando-se as empresas a uma sociedade *holding*, que exerce a coordenação setorial, debaixo do comando ministerial superior. É o sistema italiano do I.R.I. e do E.N.I. e, na Alemanha, os três modelos de grupos (KONZERNE) que operam como empresas *holdings*: a VIAG, a VEBA e HERMANNGÖRING-WERKE. Entre nós, temos um modelo limitado de empresa *holding* na ELETROBRAS, que coordena as empresas subsidiárias estatais no setor de energia elétrica.

Resta, ainda, um campo especial, que está a merecer a atenção do legislador brasileiro. Refiro-me ao *controle contábil* das em-

presas públicas e sociedades de economia mista. A natureza pública dos seus investimentos e a responsabilidade solidária do Estado em seus compromissos financeiros internacionais não se podem compadecer unicamente com o mecanismo interno de fiscalização financeira, próprio das sociedades comerciais privadas, ou seja, a ação dos Conselhos Fiscais, das Assembléias Gerais, ou órgãos de auditoria, que venham a ser instituídos, como prevê o recentíssimo Anteprojeto do Código Civil.

Certamente não cabe prever formas de controle *a priori*, já abandonadas até mesmo nas áreas da administração direta. Não é possível, todavia, prescindir de instrumentos eficientes de controle *a posteriori*, que possibilitem um ajuizamento adequado da gestão econômico-financeira das sociedades comerciais do Estado, sem lhes tolher a indispensável margem discricionária de operação flexível dos serviços públicos descentralizados, que lhe estão afetos.

A ordem de grandeza das empresas estatais poderá ser avaliada pela sua posição dominante entre as sociedades anônimas brasileiras: em estudo feito pela Fundação Getúlio Vargas, em 1970, entre as 20 maiores indústrias brasileiras, 10 eram empresas estatais. Também é notória a preferência dos investidores, no mercado de capitais, pelas ações de empresas estatais, que lideram as cotações nacionais.

A regulação das sociedades anônimas, disciplinando o mercado de capitais, inspirou medidas de saneamento, emanadas do Banco Central da República, que estabelecem princípios e normas de contabilidade, padronização de balanços e auditoria externa, com o propósito de garantia ao público e do acesso às informações internas. Todavia, em razão de sua regulamentação específica, ficaram as empresas públicas *lato sensu* excluídas da incidência dessas normas gerais (ver n.º 5, item I, do regulamento anexo à Circular n.º 179, de 11 de maio de 1972, do Banco Central).

Cumprido, assim, aperfeiçoar as normas específicas aplicáveis às sociedades anônimas, em que o Estado é o maior ou o único acionista, não somente para proteger os acionistas minoritários, como especialmente para garantia de boa administração dos valores públicos que lhes estão confiados.

Em trabalho apresentado em julho de 1963, à reunião da Associação Henri Capitant (*Revista Forense*, vol. 205, p. 417-420) já

propunávamos no sentido da elaboração de “um Estatuto ou Lei Orgânica das Empresas Públicas, que unifique a administração e o regime jurídico dessas sociedades, sem prejuízo de suas peculiaridades”.

Vencido quase um decênio, a sugestão continua válida e atual, tornando-se imperativo cogitar senão de uma lei orgânica geral e sistemática, ao menos de normas gerais sobre gestão patrimonial e financeira de natureza pública, que se arrolam na competência legislativa da União (Constituição, art. 8.º, n.º XVII, alínea “c”).

Entre essas normas gerais deverão figurar as que regulem a contabilidade e a auditoria externa das sociedades de economia mista e das empresas públicas, permitindo o controle administrativo e contábil dessa área relevante da Administração Pública descentralizada.

Não se cuidará, por certo, de colocar as empresas estatais na sistemática da fiscalização financeira da Administração Direta, não obstante a simplificação que a essa mesma atribuiu a atual Constituição, com abstenção do controle *a priori* de atos e contratos administrativos.

O regime de controle financeiro das empresas estatais deve conciliar o princípio constitucional amplo do julgamento das contas de todos os responsáveis por bens e valores públicos (Constituição, art. 70, § 1.º) como aquele outro, também de sede constitucional, segundo o qual as empresas públicas e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas (Constituição, art. 170, § 2.º).

A Constituição de 1967, tal como a Emenda Constitucional número 1, de 1969, após referir o exercício das atribuições do Tribunal de Contas da União (e o símile serve de paradigma para os Estados, em face do art. 13, n.º IV) “sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes” (art. 70, § 3.º), estipula que essas normas de fiscalização financeira e orçamentária “aplicar-se-ão às autarquias”.

A aplicação expressa das normas em causa a um dos tipos de entidades descentralizadas — as autarquias — exclui, *a contrario sensu*, a sua direta incidência sobre as demais, sujeitas a regime de direito privado.

Não impede todavia, que o legislador ordinário possa editar normas semelhantes, regulando em moldes próprios a fiscalização orçamentária e financeira das empresas públicas e sociedades de economia mista, através do Tribunal de Contas.

O Poder Legislativo, habilitado nos termos do art. 45 da Constituição, já mencionado, a regular em lei o processo de fiscalização dos atos de Administração Indireta, poderá exercer o correspondente controle financeiro externo, com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 70, § 1.º).

As peculiaridades das empresas estatais pedem certamente um sistema próprio de auditoria financeira e orçamentária, que não pode ser idêntico ao das pessoas administrativas de direito público.

A estrutura do Tribunal de Contas comporta, todavia, desdobramentos, como estipula o art. 72, § 2.º, da Constituição Federal, podendo a lei criar “órgãos destinados a auxiliá-lo no exercício de suas funções e na descentralização de seus trabalhos”.

Nada impede, assim, que a lei venha a constituir, para o controle das empresas estatais, um órgão auxiliar do Tribunal de Contas, que atenda à natureza bifronte dessas entidades, que são, a um tempo, sociedades comerciais e pessoas administrativas. O órgão especializado poderia, mediante convênio ou contrato, recrutar o assessoramento técnico necessário, inclusive no Banco Central e nas Universidades.

O que importa é ampliar-se a democratização do controle das instituições empresariais do poder público, facultando, ainda, a publicidade de sua gestão financeira, em benefício tanto do interesse público como dos acionistas particulares dessas sociedades.

Todas as formas de controle das empresas de Estado acima analisadas não excluem, obviamente, o controle judicial, que se estende aos atos jurídicos em geral (Constituição, art. 153, § 4.º) e, portanto, aos atos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, observada, quanto às primeiras, a competência da Justiça Federal (Constituição, arts. 110 e 125, n.º I).

Propomos, em síntese, as seguintes conclusões, que, a nosso juízo merecem ser consideradas no conclave que ora se reúne, sob o signo da Independência e a hospitaleira acolhida do Tribunal de Contas do Município de São Paulo:

I — As sociedades de economia mista e as empresas públicas são pessoas jurídicas administrativas, sujeitas a regime de direito privado, na gestão de seus negócios (Constituição, art. 170, § 2.º), mas regidas igualmente, pelas normas de direito público, que especializam sua organização, em razão dos fins públicos de seus objetivos;

II — Deve ser instituído em lei o processo especial de controle das empresas públicas e sociedades de economia mista, compreendendo:

a) *controle parlamentar*, com base no art. 45 da Constituição Federal, visando ao exame de legalidade e eficiência, mediante comissões ou órgãos especializados, merecendo ser ponderada a experiência dos Comissariados Parlamentares (Ombudsman), de uso apreciável em outros países;

b) *controle administrativo*, prévio ou sucessivo, nos termos que a lei estabelecer, seja através da regra da *supervisão ministerial*, já prevista no Decreto-lei n.º 200, de 1967, seja por outras modalidades de tutela administrativa, que integrem as empresas do Estado no planejamento geral das atividades econômicas nacionais;

c) *controle contábil*, a cargo de auditorias externas, visando à garantia de boa gestão dos dinheiros públicos e à proteção dos investidores particulares. O exame final das contas dos administradores dessas empresas deve ficar a a cargo dos Tribunais de Contas, de forma a totalizar a sua missão fiscalizadora da administração pública financeira.

III — O controle do Tribunal de Contas sobre as sociedades de economia mista e as empresas públicas deverá ser exercido com o auxílio de órgão especializado, criado com base no art. 70, § 2.º, da Constituição, que possa exercer auditoria externa eficiente, através de assessoria própria, com o concurso de organizações públicas ou particulares, inclusive das Universidades.

IV — Deve ser estabelecido, em lei federal, como norma geral sobre gestão patrimonial e financeira pública, o Estatuto das Empresas Estatais (Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista) que possibilite uma sistematização de critérios, sem prejuízo da autonomia federativa, da flexibilidade operacional e das peculiaridades institucionais dessas entidades paraestatais.