

Empresas semiestatais

Carlos Ari Sundfeld
Rodrigo Pagani de Souza
Henrique Motta Pinto

Resumo: O estudo defende a ideia de que a figura da *empresa semiestatal* é útil à adequada aplicação do direito administrativo brasileiro contemporâneo e procura demonstrar que a legislação já vem dando a ela um tratamento especial, autorizando sua contratação sem licitação pela empresa estatal que participa de seu controle.

Palavras-chave: Empresa semiestatal. Empresa estatal. Empresa controlada. Empresa subsidiária. Licitação. Dispensa. Inexigibilidade.

Sumário: **1** Introdução – **2** O art. 24, XXIII, da Lei de Licitações – **2.1** “Subsidiárias” e “controladas” no direito brasileiro – **2.2** Para os fins do art. 24, XXIII da Lei de Licitações – **2.3** Para os fins do art. 2º, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal – **2.4** Para os fins da legislação societária – **2.5** Para os fins de normas constitucionais sobre organização administrativa – **3** Efeitos da lei autorizativa no relacionamento da empresa estatal com a semiestatal sob sua influência – **4** Conclusão

1 Introdução¹

Entre as ações do movimento de reforma do estado que tomou impulso no Brasil a partir da metade dos anos 1990 destaca-se a cada vez mais frequente associação empresarial do poder público com particulares. Essa associação em geral ocorre pela participação estatal, minoritária mas relevante, em empresa cuja maioria do capital votante fica nas mãos de particulares. O controle é exercido em conjunto, mas com predominância do acionista privado.

As empresas fruto dessa associação não são empresas estatais — pois o conceito de empresa estatal está vinculado à existência de *maioria do estado* no capital votante — de modo que elas não fazem parte da Administração Pública indireta. Mas essas empresas são parte muito relevante da estratégia de atuação do estado na economia. São *empresas semiestatais*.

Do ponto de vista jurídico, as peculiaridades dessa figura ainda não estão suficientemente delineadas. Em geral, os analistas têm se contentado em dizer simplesmente que se trata de *empresas não estatais*, do setor privado, sujeitas assim ao regime empresarial comum. Se essa visão é em alguma medida correta — por negar a incidência em bloco sobre elas do regime jurídico das empresas estatais, o que de fato elas não são — por outro lado é uma visão que vem se tornando problemática, pois oculta problemas jurídicos e distorce sua solução.

A tese que justifica este artigo é que a identificação da figura da *empresa semiestatal* é útil à adequada aplicação do direito administrativo brasileiro contemporâneo, pois a legislação já vem dando a ela um tratamento especial, que não pode passar despercebido.

Para demonstrar como esse regime jurídico especial vem sendo construído pela legislação brasileira, este estudo se foca no importante tema da celebração de contratos entre as empresas

semiestatais e as empresas estatais que participam de seu controle societário. Para tanto, o estudo considera, em primeiro lugar, a regulação dessas contratações contida no inciso XXIII do art. 24 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 1993). Em segundo lugar, o estudo volta seu olhar para as leis específicas, que vêm autorizando caso a caso a associação empresarial das estatais com o setor privado, modelando assim as possibilidades, limites e regimes dessa associação em cada contexto.

Este estudo está dividido em duas partes.

Na primeira, discute-se o sentido do inciso XXIII do art. 24 da Lei de Licitações, fazendo-se seu confronto com outras normas legais, especialmente quanto ao uso das expressões “subsidiárias” de empresas estatais e “controladas” de empresas estatais. A constatação do estudo quanto a este ponto é que a norma legal criou um regime jurídico especial para a contratação entre as empresas estatais e as semiestatais sob sua influência.

Na segunda parte, toma-se um exemplo relevante de lei autorizativa da associação empresarial de estatal com particulares, buscando-se compreender qual a extensão dos efeitos dessa lei: se ela se limita a autorizar a aquisição de ações ou quotas, ou se ela tem impactos no regime jurídico do relacionamento contratual entre as empresas. A conclusão do estudo é que a legislação tem sim efeito na determinação das possibilidades e limites do relacionamento comercial da estatal com a semiestatal sob sua influência.

2 O art. 24, XXIII, da Lei de Licitações

O inciso XXIII do art. 24 da Lei de Licitações foi incluído pela Lei nº 9.648, de 1998, nestes termos:

Lei 8.666/93 (alterada pela Lei 9.648/98)

Art. 24. É dispensável a licitação:

XXIII – na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

O dispositivo encerra hipótese de contratação direta de bens e serviços por empresa estatal com suas “subsidiárias e controladas”. A aplicação dessa norma exige a compreensão do que sejam “subsidiárias” ou “controladas” de empresa estatal.

2.1 “Subsidiárias” e “controladas” no direito brasileiro

É comum a utilização, no ordenamento jurídico brasileiro, das expressões “controlada” e “subsidiária”. Há referências não só no art. 24, XXIII, da Lei de Licitações, mas também — para

citar só alguns exemplos mais salientes — no art. 1º, parágrafo único, da mesma lei; no art. 2º, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000); nos arts. 116, 243 e 251 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15.12.1976); no art. 1.098 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002); e, até mesmo, na Constituição Federal, no art. 37, incisos XVII, XIX, XX e §9º. Em essência, as referências são feitas para indicar empresas dos setores estatal ou não estatal, que estão submetidas a outras.

Contudo, tais expressões variam de significado conforme o contexto normativo em que estejam inseridas. Ou seja, apresentam sentidos distintos em diferentes âmbitos, dependendo das finalidades das normas envolvidas. O mesmo acontece com expressões em certa medida relacionadas a estas: as expressões “poder de controle” e “transferência do controle” societário. Já se observou que elas são empregadas em contextos regulatórios bastante diversos entre si, devendo ser compreendidas em função dos objetivos de cada regulamentação. Elas não têm sempre o mesmo sentido nos vários textos normativos em que aparecem.² O mesmo vale para as expressões “empresa controlada” e “empresa subsidiária” de empresas estatais: ambas são empregadas em contextos normativos bastante diversos, cada qual com seus objetivos, de modo que não têm o mesmo significado em todos eles.

Diante desse quadro, a interpretação das expressões “controlada” e “subsidiária” de empresa estatal deverá atentar para as finalidades da norma envolvida e do contexto normativo em que se encontra. Por tal razão é útil classificar os contextos normativos em que tais expressões aparecem, para perceberem-se os significados que assumem em cada caso.

Pode-se dizer que as expressões “controlada” e “subsidiária” de outras empresas — e variantes, como “controlador”, “acionista controlador”, “subsidiária integral” — aparecem no ordenamento jurídico brasileiro em quatro contextos normativos: o das licitações e contratos administrativos, o da responsabilidade fiscal, o da organização do estado e o societário.

2.2 Para os fins do art. 24, XXIII da Lei de Licitações

Na Lei de Licitações, não há uma definição do que sejam empresas “subsidiárias” ou do que sejam empresas “controladas”. Isso é fato. No silêncio da lei, alguém poderia interpretar o texto do art. 24, XXIII — equivocadamente, a nosso ver — no sentido de que “controlada” de empresa estatal, para os fins dessa norma, seria a empresa também estatal cujo capital votante pertencesse majoritariamente a outra empresa estatal, de sorte a garantir a esta última o poder de controle sobre aquela. Essa leitura equipararia “controlada” e “subsidiária”, como sinônimos. Significariam, ambas, o mesmo que *empresa sujeita ao controle de outra empresa, sua acionista majoritária*.

O problema dessa interpretação é que, se o art. 24, XXIII fez questão de aludir expressamente a duas espécies de entidade — “subsidiárias” e “controladas” — é de se pressupor que, em princípio, tenha buscado fazer uma diferenciação entre elas (ao menos para os fins da dispensa de licitação). Aplica-se aqui o cânone de interpretação segundo o qual “a lei não contém palavras inúteis”; logo, é preciso interpretá-la de modo a extrair o significado normativo de cada uma delas. No caso, o necessário respeito à linguagem da lei sugere, em princípio, que nela se tenha divisado duas hipóteses de dispensa de certame: uma para a contratação de “subsidiárias” e outra, diversa, para a contratação de “controladas”.³

Mas o certo é que a norma realmente toma as expressões “subsidiária” e “controlada” de empresa estatal como distintas. Elas designam distintas estratégias de atuação empresarial do estado.

Por “subsidiária”, para os fins dessa norma, há que se compreender a empresa em cujo capital votante uma empresa estatal detenha participação majoritária e, com base nisso, o controle da sua gestão. A “subsidiária” de empresa estatal é, assim, necessariamente, também uma empresa estatal — integrante, pois, da estrutura orgânica do estado, isto é, de seu aparelho administrativo.

Por “controlada” há que se interpretar outra coisa. Trata-se de empresa não estatal cujo capital votante pertença majoritariamente a pessoas físicas ou a empresa não estatal — à iniciativa privada, portanto — e minoritariamente a uma empresa estatal, sendo essa participação minoritária, todavia, *relevante*, de modo a assegurar à acionista minoritária estatal certo grau de compartilhamento do poder de controle, em regra disciplinado por acordo de acionistas. Essa é a empresa “controlada” para os fins do art. 24, XXIII, da Lei de Licitações. É, em suma, uma *empresa semiestatal*.

Veja-se que a participação da empresa estatal na sua “controlada” resulta em mero compartilhamento, mas não em domínio absoluto do controle da empresa investida. Não tem o condão de transformar esta outra numa empresa estatal também — sua “subsidiária” — mas apenas de assegurar influência singular sobre a sua gestão, mantendo-a privada (do setor privado), não estatal. Daí não se tratar de empresa estatal, mas de semiestatal.

Foram divisadas pela norma do art. 24, XXIII, noutras palavras, as situações em que a empresa estatal detenha o *domínio* do controle de outra empresa, sua “subsidiária”, e as situações em que detenha apenas *participação minoritária no controle* de outra empresa, revelando-se, essa última, sua “controlada”. Empresa “controlada” e empresa “subsidiária”, portanto, são duas formas distintas de engajamento empresarial do estado, para os fins do inciso XXIII do art. 24 da Lei de Licitações.

As razões da diferenciação entre essas duas situações são múltiplas.

Trata-se de diferenciação já sugerida, em primeiro lugar, pelo cânone consagrado de interpretação, supra-aludido, segundo o qual a lei não contém palavras inúteis; no caso, a lei se valeu das palavras “subsidiárias” e “controladas” para fazer uma distinção, apanhando com isso dois fenômenos diversos.

Em segundo lugar, a diferenciação existe na prática. A existência de ambas as situações é fácil de constatar. Representam duas importantes estratégias de expansão da atuação empresarial do estado. Por meio delas, as empresas estatais, desde que autorizadas por lei, adquirem participações acionárias minoritárias ou majoritárias no capital votante de outras empresas.

Em caso de participação majoritária, a empresa investida será estatal e ficará sob controle do estado (tornando-se, assim, uma “subsidiária” de empresa estatal). Em caso de participação minoritária relevante, a empresa investida será semiestatal: será uma empresa do setor privado (não da administração indireta do estado), em que uma entidade estatal terá participação significativa no controle, como acionista minoritária.

A participação da empresa estatal na investida, embora minoritária, sendo relevante, dá inclusive

ensejo à celebração de acordo de acionistas pelo qual seja assegurado à investidora, ainda que minoritária, algum tipo de poder específico na condução da empresa — um direito de participação nalgumas de suas deliberações, um direito de representação no seu conselho de administração ou na sua diretoria, entre outros. Essas diferentes formas de participação no controle por parte de sócios minoritários ditos *relevantes* ou *estratégicos*, embora não signifiquem domínio do controle, significam, sim, compartilhamento de controle. E constituem importantes formas de engajamento empresarial do estado, alternativas à aquisição de participações majoritárias no capital social de companhias que impliquem a sua estatização (isto é, que as transforme em empresas estatais).

No mundo empresarial privado, os sócios minoritários podem ser estratégicos na medida em que aportem à empresa investida não apenas uma porção relevante de capital (ainda que minoritária), mas também uma experiência singular, um *know how* valioso, um ativo essencial, uma oportunidade de negócios, uma reputação extraordinária — enfim, algo que sirva de legítimo substrato a justificar um acordo por força do qual lhes seja reconhecido algum tipo de compartilhamento do controle.

O mesmo vale para as empresas estatais; estas podem — autorizadas por lei — aportar a empresas não estatais, na qualidade de suas acionistas minoritárias, diversos benefícios singulares, sendo razoável reconhecer que, justamente pelos benefícios aportados, seja-lhes reconhecida alguma forma de compartilhamento do controle das empresas investidas.

Em suma, a expansão da atuação das empresas estatais, mediante participações noutras empresas, pode realizar-se de ambos os modos — tanto de modo a transformar as empresas investidas em estatais “subsidiárias”, quanto de modo a preservar-lhes a natureza de empresas não estatais, sujeitas porém à influência estatal e, por isso, caracterizando-as como “controladas”, vale dizer, como empresas semiestatais. São dois tipos diferentes de relação, ambos frequentes na prática empresarial do estado na atualidade.

Faz sentido lógico que a norma que dispensa empresas estatais de licitação quando contratem com outras empresas com as quais mantenham especial relação societária — art. 24, XXIII, da Lei de Licitações — tenha pretendido alcançar, a um só tempo, ambos os tipos de estratégia de inserção empresarial do estado. Ou seja, tenha buscado alcançar tanto situações em que as estatais detenham controle majoritário da contratada (sua “subsidiária”) quanto situações em que exerçam controle minoritário compartilhado com outros sócios sobre a empresa contratada (sua “controlada”, uma empresa semiestatal). As situações, embora distintas, merecem tratamento em conjunto pela norma justamente pelo fato de que envolvem especial sinergia entre a empresa estatal e a empresa investida (seja esta “subsidiária”, uma empresa estatal, ou “controlada”, uma empresa semiestatal). A sinergia decorre do fato de que a contratada, em ambos os casos, está, do ponto de vista empresarial, sob a influência direta da contratante. Tal influência pode ser majoritária ou compartilhada com outrem, mas existe nos dois casos.

Poder-se-ia tentar argumentar, em contrário, que a dispensa de licitação prevista no inciso XXIII do artigo 24 somente alcançaria as contratações entre empresas estatais. Para contratos entre elas não caberia exigir abertura de certame, mas para contratos de entidades estatais com empresas semiestatais a abertura de licitação seria obrigatória e inevitável.

Essa visão, porém, não é a melhor. De fato seria inconveniente que, tão somente para criar mercado para a iniciativa privada, as entidades estatais fossem proibidas de contratar diretamente

entre si, apesar de isso otimizar o uso de recursos públicos. O estado não é obrigado a abrir licitações tão somente para franquear a particulares o privilégio de disputar toda e qualquer oportunidade de contratação pública. Pode ele, legitimamente, optar por contratar com outras entidades estatais. Daí a regra de isenção do inciso XXIII do art. 24 ter mirado, sim, esses casos, de contratação de empresas estatais com suas “subsidiárias”, necessariamente estatais.

Mas seria incorreta a conclusão de que casos de contratação com empresas semiestatais (nas quais o estado seja sócio minoritário relevante e participante do controle), não foram igualmente alcançados pela regra. É que a mesma razão que autoriza as empresas estatais a contratarem diretamente com suas subsidiárias, as autoriza a fazê-lo com as semiestatais. Reside no fato de que existe uma especial sinergia entre contratante e contratada quando, atuando em ramos afins ou complementares, essas entretêm este singular vínculo societário, com compartilhamento de controle.

A mesma razão comparece seja no caso de a contratada ser “subsidiária” (empresa estatal), seja no caso de ser “controlada” (semiestatal), nos termos aqui descritos. E justifica que ambos os casos sejam equiparados para os fins da norma que isenta do dever de licitar. Em ambos a empresa investidora colherá vantagens de interesse público a partir do negócio com a empresa investida, que não seriam colhidos de outra forma. São semelhantes as razões que, em ambos os casos, tornam inexigível a licitação. Daí ser lógica a regra do inciso XXIII do artigo 24, que apesar das distinções entre “subsidiária” e “controlada”, colhe-as indistintamente pelo quê significam como contratadas para as empresas estatais — isto é, por significarem benefícios singulares, inalcançáveis de outra forma.

Um possível argumento apressado, em contrário a essa interpretação do art. 24, XXIII, que diferencia “controladas” de “subsidiárias”, seria o de que, no art. 1º, parágrafo único, da mesma Lei de Licitações, “controladas” seria uma expressão sinônima de “subsidiárias”. Como então justificar que a expressão “controladas” tenha duas acepções distintas na mesma lei?

Para melhor compreendê-lo, veja-se o teor do art. 1º, parágrafo único da Lei:

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, *as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.* (grifos acrescentados)

Nesse preceito, “entidades controladas direta ou indiretamente” pelos entes federativos são, igualmente, entidades estatais — como tais subordinadas ao regime da Lei de Licitações e, pois, ao dever de licitar. Nessa linha, “empresas controladas” são necessariamente empresas estatais. Daí o

argumento de que seria difícil interpretar o conceito de empresa “controlada” do art. 24, XXIII, como se essa fora uma empresa semiestatal, sujeita apenas a um controle compartilhado entre estado e outrem, se, no art. 1º da mesma lei, “controlada” seria outra coisa, isto é, uma empresa estatal.

Será que existem duas acepções diferentes para a palavra “controlada” na Lei de Licitações?

O certo é que sim.

Para os fins do art. 1º, parágrafo único — cuja redação é a original de 1993 — “controladas” são realmente entidades estatais, integrantes, pois, do aparelho do estado.

Mas o sentido de “empresas controladas” no art. 24, XXIII — introduzido por outra lei, em 1998 — é diverso, o de empresas semiestatais. Podem coexistir dois conceitos de “controlada” na mesma lei e, de fato, coexistem, pois as normas têm origem diversa e surgiram em momentos e com finalidades distintas.

Os fins da norma que menciona “controladas” no art. 1º, parágrafo único, distinguem-se claramente dos fins da norma que menciona “controladas” no art. 24, XXIII.

No art. 24, XXIII — acrescentado à Lei de Licitações cinco anos após a sua edição — a norma se refere às semiestatais, apanhando novas situações em que a empresa estatal tenha um vínculo societário relevante com a contratada, suscitando interesses legítimos em firmar com ela uma contratação administrativa. Já no art. 1º, parágrafo único, o objetivo da norma é subordinar toda e qualquer entidade que faça parte do aparelho administrativo do estado ao dever de licitar — em uma palavra, toda entidade *estatal*.

A própria linguagem do art. 1º, parágrafo único, foi fruto de um debate datado, que reforça essa interpretação de que nele se pretendeu alcançar apenas entidades estatais. Tratava-se do debate acerca da caracterização ou não, como estatais, daquelas empresas cujo controle majoritário tivesse sido adquirido pelo estado sem autorização legislativa, o que era aceito antes da Constituição de 1988. Diziam alguns, com base nas definições de “empresa pública” e de “sociedade de economia mista” constantes do Decreto-Lei nº 200, de 1967 (com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969), que somente seriam estatais e, portanto, sujeitas ao seu regime jurídico, aquelas que tivessem sido “criadas por lei”.⁴ Deduziam então que a aquisição de participação acionária por empresa estatal ou pelo estado em outras empresas, ainda que majoritária e suficiente para a aquisição de controle, não tornaria essas últimas, por esse fato, “empresas estatais”; para tanto faltaria o cumprimento do requisito da “criação por lei”. Seriam apenas “controladas” do estado, mas não empresas estatais. Entre outras consequências da circunstância de não serem consideradas estatais, tais empresas apenas “controladas” ficariam imunes ao dever de licitar.

Para contraditar esse argumento, deixando bem claro em texto legal que até mesmo as empresas estatais apelidadas de “controladas” do estado estavam sujeitas ao dever de licitar, a Lei de Licitações se valeu da terminologia do seu art. 1º, parágrafo único. Nele ficou claro, finalmente, que estariam sujeitas ao regime da lei — portanto, ao dever de licitar — todas as entidades mencionadas, inclusive aquelas “controladas direta ou indiretamente” pelo estado. Na consagrada expressão da língua inglesa, a lei se valeu de uma *catch all phrase* — frase que pega tudo, sem dar

margem a exceções. No caso, a lei não deixou dúvidas de que mesmo as empresas estatais então ditas “meras controladas”, como tudo o mais que fosse ente estatal, independentemente de sua origem, subordinavam-se ao dever de licitar, por serem, a despeito de interpretações em contrário, simplesmente estatais, do mesmo modo que as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Assim, se é verdade que “empresas controladas” diretamente pelo estado para os fins do art. 1º, parágrafo único da Lei de Licitações, nada mais são do que “empresas estatais”, é também verdadeiro que “empresas controladas indiretamente” pelos entes federativos para os fins do mesmo artigo nada mais são do que “subsidiárias de empresas estatais”. As razões são compreensíveis e perfeitamente conciliáveis com o sentido diverso da expressão “controlada” constante do art. 24, XXIII. São razões de caráter histórico e finalístico.

A razão histórica liga-se à necessidade de resposta enfática à tese, que à época da edição da Lei de Licitações ainda gozava de certo prestígio, segundo a qual certas empresas estatais eram “meras controladas” do estado, não se encaixavam nos conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista e, por isso, estariam imunes ao dever de licitar. A resposta da lei foi contestar enfaticamente essa tese, determinando que mesmo as estatais apelidadas de “controladas” subordinavam-se, sim, à exigência de licitação. A razão finalística liga-se ao fato de que o uso de referências variadas para o mesmo fenômeno das empresas estatais — no caso, “controladas direta ou indiretamente” — tem o fim de sujeitar todos os entes empresariais do estado, seja qual for o apelido empregado na sua designação, ao dever geral de licitar.

Por óbvio, o sentido de “controladas” então adotado, como espécie do gênero empresa estatal, não se equipara ao sentido com que “controladas” veio a ser empregado anos mais tarde no art. 24, XXIII, da mesma lei. Lá, no art. 1º, parágrafo único, o objetivo era deixar inequívoca a sujeição das estatais — fosse qual fosse o apelido que recebessem — ao dever de licitar; aqui, no art. 24, XXIII, o intuito foi apenas dispensar a licitação para determinadas contratações: as firmadas por estatais com suas próprias *subsidiárias* ou com as *semiestatais* sob sua influência (empresas não integrantes da administração indireta, mas sobre as quais as estatais, como acionistas minoritárias relevantes, exercessem alguma espécie de controle compartilhado com acionistas privados).

Em 1998, quando a Lei nº 9.648 acrescentou o inciso XXIII ao art. 24 da Lei de Licitações, já se estava em plena reforma do estado, que modificou o modo de atuação e de estruturação da máquina pública. Naquele momento, já estava bastante claro que a criação de empresas semiestatais, isto é, a participação minoritária no controle de empresas do setor privado, era uma alternativa útil às estatais, para ampliar sua atuação por meio de “parcerias público-privadas” em sentido amplo. Tanto isso é verdade que justamente naquele ano a PETROBRAS havia sido autorizada por lei a fazer justamente esse tipo de associação (art. 64 da Lei nº 9.478, de 1998).⁵

Assim, foi muito clara a intenção do legislador que, em 1998, mudou a Lei de Licitações: autorizar a contratação direta não só com subsidiárias (com outras empresas estatais), mas também com empresas semiestatais, vale dizer, com empresas do setor privado em que a estatal tivesse participação (minoritária) no controle, formando uma “parceria público-privada” em sentido amplo.

A razão para introduzir de modo expresse essas hipóteses no art. 24, XXIII foi a necessidade de eliminar qualquer dúvida quanto à legitimidade da contratação direta nesses casos. Mas, bem consideradas as coisas, o caso não é de simples dispensa de licitação, mas de verdadeira

inexigibilidade. Afinal, de que adiantaria uma estatal constituir subsidiária ou associar-se com terceiros para constituir uma semiestatal, se a seguir tivesse de tratá-las como estranhas? É evidente que, nessas situações, a subsidiária ou a semiestatal têm uma relação especial, singular, com a entidade estatal, decorrente do vínculo societário qualificado e da vinculação de objetivos. É evidente, então, que a licitação não é exigível.

2.3 Para os fins do art. 2º, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal

O art. 2º, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal também poderia, eventualmente, ser lembrado para fins de argumentação no sentido de que “controladas” ali têm um sentido inconciliável com o extraído do art. 24, XXIII, da Lei de Licitações. No diploma fiscal, “controladas” são necessariamente empresas estatais, cujo capital votante pertença majoritariamente a ente da federação. São entidades pertencentes ao aparelho do estado. Veja-se:

Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

(...)

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

Aqui também é preciso lembrar-se do propósito da norma. O diploma fiscal, ao tratar dessa categoria — “empresa controlada” —, o faz para os seus fins (e não, claro está, para os fins de outras leis que porventura se utilizem da mesma expressão). Que fins são esses? Basicamente, os que visam à inclusão das empresas estatais no regime das normas atinentes à responsabilidade fiscal do estado. Harmoniza-se, assim, a Lei de Responsabilidade Fiscal com normas da Constituição Federal sobre finanças públicas. Eis os fins almejados: a) sujeitar as empresas estatais às medidas de controle das dívidas públicas interna e externa (Constituição Federal, art. 163, II);⁶ b) sujeitá-las aos limites e condições para a realização de operações de crédito (Constituição Federal, art. 52, VII; Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 32, *caput* e §3º, II; art. 36, *caput* e parágrafo único; e art. 40, §§1º, 6º, 7º e 8º);⁷ c) sujeitá-las às regras sobre depósito e aplicação de disponibilidades de caixa (Constituição Federal, art. 164; Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 43, §2º, I e II);⁸ d) sujeitá-las às regras sobre contratualização do vínculo que entretêm com o estado para fins de ampliação de suas autonomias gerencial, orçamentária e financeira (Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 47, *caput* e parágrafo único);⁹ e, ainda, e) sujeitá-las às regras sobre o conteúdo obrigatório das leis orçamentárias (Constituição Federal, art. 165, *caput* e §5º).¹⁰

Ou seja, toda vez que a Lei de Responsabilidade Fiscal faz uso da expressão “empresa controlada”, ela o faz no sentido predefinido em seu art. 2º, II — que é inequivocamente o sentido de “empresa estatal” — e o faz com o objetivo de submeter as entidades como tais qualificadas à disciplina fiscal

do estado. Por isso faz sentido lógico que a expressão “empresa controlada” tenha, na LRF, a acepção que tem, que é a de empresa estatal, necessariamente sujeita às regras de responsabilidade fiscal aplicáveis ao estado.

Já no art. 24, XXIII da Lei de Licitações, o propósito é outro, como já afirmado. Trata-se de explicitar uma situação em que o dever de licitar não tem razão de existir, por envolver contratação entre empresas ligadas por um vínculo societário singular e nalguma medida sujeitas às mesmas diretrizes de controle. Nada tem a ver com o propósito da definição de “controladas” na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por isso, pressupor que o conceito de “controlada” nessa última seja o mesmo encontrado no art. 24, XXIII da Lei de Licitações seria um erro. Não há identidade de propósitos entre as duas leis, muito menos entre as normas que nelas se valem da expressão “controladas”.

2.4 Para os fins da legislação societária

Na Lei das Sociedades Anônimas estão presentes as expressões “acionista controlador”¹¹ e “sociedade controlada”¹² (nos artigos 116 e 243, respectivamente, entre outros). Nela está presente também a expressão “subsidiária integral” (no artigo 251, por exemplo), embora em todo o seu corpo não haja referência, isoladamente, à expressão “subsidiária”.¹³

Das definições presentes na lei extrai-se que é “acionista controlador”, ou sociedade controladora, a pessoa que seja titular de direitos de sócio que lhe assegurem preponderância nas deliberações da assembleia-geral e poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e, além disso, use efetivamente seu poder de controle sobre a empresa. É “coligada”, basicamente, a sociedade investida na qual a investidora tenha influência significativa, sem controlá-la (art. 243, §§1º, 4º e 5º). E é “subsidiária integral” a companhia que tenha como único acionista sociedade brasileira.

Definição de certo modo consentânea com essas da Lei das Sociedades Anônimas é a de “sociedade controlada”, prevista no art. 1.098 do Código Civil; nesse, a essência de “controlada” também reside na circunstância de estar sujeita a uma controladora que detenha direitos de sócio que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais e poder de eleição da maioria dos administradores.¹⁴

Veja-se que, na legislação societária, o conceito de “controlada” mais se aproxima do conceito de “subsidiária” previsto no art. 24, XXIII, da Lei de Licitações. É que ser “controlada”, naquela, exige a circunstância de estar sujeita a sociedade que detenha preponderância nas deliberações sociais e na eleição dos administradores; exige, numa palavra, ser “subsidiária”.

Alguém poderia suscitar o argumento de que os conceitos das leis societárias deveriam, necessariamente, ser emprestados às expressões “subsidiária e controlada” da Lei de Licitações. Seriam conceitos cuja aplicabilidade estender-se-ia para além dos fins das leis que os preveem e, assim, para a Lei de Licitações.

Mas o argumento não faria sentido. É que, se aplicados os conceitos das leis societárias, o inciso XXIII do art. 24 da Lei de Licitações, quando diz da “contratação realizada por empresa pública ou

sociedade de economia mista com *suas subsidiárias e controladas...*", teria que ser lido: "*contratação realizada ... com suas subsidiárias e subsidiárias*". Afinal, as "controladas" nada mais seriam do que "subsidiárias", havendo redundância na norma em apreço.

Mas não há redundância; é preciso interpretar o art. 24, XXIII inteligentemente, com respeito à história que o produziu e às finalidades a que está ligado. Não faz sentido ler a sua referência a "empresas controladas" como um sinônimo de "empresas subsidiárias"; se fez duas referências — a "subsidiárias" e a "controladas" — é porque o preceito quis aludir a dois fenômenos diferentes. Embora diferentes, tais fenômenos têm uma característica em comum: são formas legítimas de expansão da atuação empresarial do estado. Uma é a via *direta*, ou seja, através de empresas estatais submetidas a controle majoritário de outras empresas estatais (em resumo, através de "subsidiárias"); outra é via *indireta*, ou seja, através de empresas semiestatais, isto é, empresas que, embora não estatais (não integrantes do aparelho do estado), estão submetidas a influência singular de empresas estatais, suas acionistas minoritárias mas estratégicas, com participação minoritária no controle.

É justamente essa característica comum, de constituírem duas formas de expansão da atuação empresarial do estado — uma por estatal "subsidiária" e outra por não estatal, porém "controlada" —, que torna importante a sua equiparação para os fins da norma do art. 24, XXIII, da Lei de Licitações. Dita norma faculta às empresas estatais deixarem de realizar a licitação para contratação de outras empresas que, em essência, sirvam como instrumentos de atuação empresarial do estado — pouco importando se são instrumentos que integrem o aparelho do estado ou se, diferentemente, são instrumentos sob domínio da iniciativa privada, porém sob influência singular do estado. Faz sentido não licitar em ambos os casos porque, no fundo, neles o estado contrata com pessoa que lhe serve como instrumento de ação, realizando operações que só com essa pessoa são viáveis. Licitar seria correr o risco de alijar a empresa investida de possível contratação, em detrimento das operações de interesse público que só com ela o estado poderia vir a ter.

Assim, a interpretação inteligente e sistemática do art. 24, XXIII é aquela que vê com nitidez que empresa estatal pode ter uma participação minoritária, mas relevante, em semiestatal, que é uma empresa não estatal, participação essa que lhe assegure compartilhamento do controle, de tal sorte que faça todo sentido reconhecer a possibilidade de ambas contratarem diretamente entre si, pelas mesmas razões que se permite a uma estatal contratar diretamente com outra empresa estatal de seu grupo.

Veja-se, ainda, que a Lei das Sociedades Anônimas, ao definir "acionista controlador" e "sociedade controlada", o fez para instituir proteção do acionista minoritário contra os abusos do controlador, sujeitando as companhias, por exemplo, ao dever de discriminar e publicar informações sobre investimentos que tenham feito nessas sociedades (art. 243). Seu objetivo, nesse exemplo, é precisar o alcance de um dever de informação. Nada tem a ver com precisar o alcance do dever de licitar de empresas estatais, isto é, com os fins do art. 24, XXIII, da Lei de Licitações.

2.5 Para os fins de normas constitucionais sobre organização administrativa

Resta atentar para normas constitucionais que fazem menção às expressões "empresa controlada"

e “empresa subsidiária” e que visam, em alguma medida, a disciplinar a organização administrativa do estado. São as disposições do art. 37, incisos XVII, XIX, XX e §9º, que estabelecem:

Constituição Federal de 1988

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, *suas subsidiárias*, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XIX – somente por *lei específica* poderá ser criada autarquia e *autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista* e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

§9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e *suas subsidiárias*, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Todos esses dispositivos devem ser interpretados à luz da cabeça do art. 37, que se reporta à Administração Pública direta e indireta do estado — ou seja, ao aparelho administrativo. São dispositivos que tratam da organização desse aparelho. O regime de gestão do pessoal é tratado no inciso XVII, que prevê a proibição de acumular cargos e funções. A criação de novas entidades que o integrem é condicionada pelas normas dos incisos XIX e XX, que exigem a autorização (ou a própria criação) por lei específica. E o teto de remuneração de pessoal é disciplinado pela norma do §9º, que estende o mesmo teto da administração direta, previsto no inciso XI, ao pessoal das empresas estatais dependentes.

O objetivo é sujeitar o aparelho administrativo do estado a tais regras de organização administrativa, de sorte que as noções de empresa “subsidiária” e “controlada” neles referidas estão reportadas também, invariavelmente, a empresas estatais, integrantes desse aparelho.

Mesmo a regra do inciso XVII, sobre a proibição de acumulação de cargos e empregos públicos, só pode ser interpretada como se reportando a entidades integrantes do aparelho do estado, visto que tais postos de trabalho inexistem na iniciativa privada. Donde o significado da referência a

“sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público”, nela apresentada, ser necessariamente o de empresas estatais — distinto, portanto, do significado do termo “controladas” na regra do art. 24, XXIII, da Lei de Licitações.

Trata-se de mais um exemplo de que as referências a essas expressões devem ser interpretadas, necessariamente, à luz dos objetivos das normas em que estão inseridas. Não há quanto a isso um conceito unívoco em todo o ordenamento jurídico.

Feito, assim, o confronto sistemático dos textos legais, parece-nos que fica claro o objetivo do inciso XXIII do art. 24 da Lei de Licitações. O que, para fins do presente estudo, importa reter desse esforço de pesquisa, é a constatação de que a legislação, embora sem usar a expressão *empresas semiestatais*, já vem considerando suas especificidades, para justificar um regime especial para a celebração de contratos com entidades estatais.

Isso sustenta a ideia, que está no centro deste estudo, de que a identificação da figura da *empresa semiestatal* é útil à adequada aplicação do direito administrativo brasileiro contemporâneo, pois a legislação vem dando a ela um tratamento especial.

3 Efeitos da lei autorizativa no relacionamento da empresa estatal com a semiestatal sob sua influência

Nesta segunda parte, toma-se um exemplo relevante de lei autorizativa da associação empresarial de empresa estatal com particulares, buscando compreender qual a extensão dos efeitos dessa lei: se ela se limita a autorizar a aquisição de ações ou quotas, ou se ela tem impactos no regime jurídico do relacionamento comercial entre as empresas. A constatação dessa parte do estudo é que a legislação tem sim efeito na determinação das possibilidades e limites do relacionamento comercial da estatal com a semiestatal sob sua influência.

A Caixa Econômica Federal é uma empresa pública e o Banco do Brasil S/A é uma sociedade de economia mista, ambas vinculadas ao Ministério da Fazenda. A participação delas, direta ou indireta, em empresas do setor privado foi autorizada pela Lei Federal nº 11.908, de 2009, cujo art. 2º, *caput*, assim dispôs:

Lei Federal 11.908, de 3 de março de 2009

Art. 2º. O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no inciso X do *caput* do art. 10 daquela Lei.

Essa autorização para a participação em empresas do setor privado foi dada pela lei para que as

estatais ampliassem sua atuação no segmento a que já se dedicavam — o financeiro — por meio de associação com terceiros. Além da tradicional atuação direta, interna à sua própria estrutura empresarial, elas ficaram autorizadas a atuar indiretamente, por meio de empresa do setor privado de cujo capital viessem a participar.

E o que legitima o entendimento de que as empresas do setor privado de que elas venham a participar com base nessa autorização legal são instrumentos de sua atuação? É o fato de só haver sido autorizada a participação em empresas do setor privado *de ramos semelhantes, afins ou complementares aos das próprias estatais*.

O que a lei autorizou não foi que elas fizessem simples investimentos em empresas quaisquer que se apresentassem como boas alternativas de negócio. Não. Elas foram autorizadas a usar novas formas societárias para o desenvolvimento de seu objeto social: pela constituição de subsidiárias, integrais ou com participação privada minoritária (art. 1º), ou pela participação em empresas do setor privado, inclusive formando semiestatais (art. 2º).

É decorrência natural dessa fórmula legal que as estatais, além de se tornarem sócias e integrantes do controle das citadas empresas do setor privado, terão com elas uma relação especial, própria, singular. Essas empresas não são terceiras estranhas às estatais, mas sim instrumentos de sua ação empresarial. Assim, essas empresas não estão em pé de igualdade com as demais empresas do setor privado. São empresas, embora do setor privado, em que o estado tem participação e interesse, justamente por serem úteis ou necessárias à realização do interesse público que justifica a existência das estatais. São empresas semiestatais.

O espectro de empresas em que essas estatais podem participar inclui desde logo a atividade bancária em sentido estrito, de modo que se viabiliza a atuação conjunta da estatal e da semiestatal na prestação de serviços bancários. Outros possíveis casos análogos referem-se à participação em empresas especializadas em transportes de valores ou, ainda, no desenvolvimento de *softwares bancários*. Em sendo detentoras de parcela relevante do capital votante dessas empresas, ainda que minoritária, bem como de direitos de compartilhamento dos respectivos controles, as estatais podem ter interesse em contratá-las para a prestação de serviços como esses. O interesse nessas contratações decorre da sinergia de que as estatais usufruíam com as eventuais contratadas. Outro objetivo comum seria o desenvolvimento e a utilização de serviços diretamente vinculados à atividade-fim, como o transporte de valores e a automação bancária, que o art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.908, de 2009, chamou de “atividades complementares às do setor financeiro”.

É da lógica da associação autorizada pela lei que as empresas estatais participantes das semiestatais estabeleçam com elas vínculos contratuais para atuação concertada. Isso inclui as instituições financeiras (em sentido amplo) com as quais as estatais mantenham esse tipo singular de relação societária, tendo a contratação por objeto a realização de negócios financeiros (incluindo produtos securitários, previdenciários, de capitalização etc.) — ou seja, alguma atividade-fim das estatais. A licitação para tanto seria inexigível, por inviabilidade de competição para a celebração de contrato propiciador de operações, necessariamente com entidade com a qual as citadas estatais detenham sinergia relevante, sinergia essa constituída na forma da Lei nº 11.908, de 2009.

Ademais, também é possível a contratação direta de atividades complementares às do setor

financeiro, como as de transporte de valores ou de automação bancária, com empresas com as quais aquelas estatais tenham o mesmo tipo de relação societária (empresas semiestatais), pois também nesse caso a Lei nº 11.908, de 2009, autorizou sua participação no capital como meio de realização de seu objeto social, isto é, de extensão de suas próprias atividades.

O caso é de inexigibilidade de licitação. Seu fundamento legal é duplo, residindo na conjugação da Lei nº 11.908, de 2009, com dois dispositivos da Lei de Licitações: o art. 25, *caput*, que diz ser “inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição...”; e o art. 24, inciso XXIII, que encerra hipótese que, no fundo, é de licitação inviável e, por isso, inexigível (nisso se assemelhando a vários outros incisos do mesmo artigo, que dizem exprimir hipóteses de “dispensa” quando na realidade o que fazem é prever casos de inexigibilidade de certame).

A competição seria inviável para a contratação das semiestatais — integrantes do setor privado, mas sujeitas a controle compartilhado entre particulares e empresas estatais — para a realização de negócios financeiros ou atividades complementares, porque, nesses casos, a instauração de um processo de competição que abrisse margem à celebração de contrato com qualquer outra instituição poderia, indesejadamente, entrar em tensão com o legítimo interesse das estatais, expressamente definido como tal pelos arts. 1º a 4º da Lei nº 11.908, de 2009, de expandir seus negócios justamente a partir dessas instituições, com as quais mantenham vínculos societários especiais.

Essas empresas semiestatais são instituições especiais, dignas de particularização, nas quais as estatais citadas já detêm uma participação acionária relevante e sobre as quais exercem algum controle; é perfeitamente legítimo, pois, o interesse que venham a nutrir de contratá-las diretamente para negócio financeiro ou atividades complementares, que não lhes propiciariam os mesmos resultados caso fossem feitos com instituição estranha, com a qual não mantivessem vínculo relevante (societário) algum. No fundo, a abertura de certame não serviria à realização do interesse público, previsto na Lei nº 11.908, de 2009, mas poderia inclusive entrar em choque com ele.

Está em pauta aqui a hipótese de inexigibilidade de licitação a que, em obra doutrinária, já se denominou de “inexigibilidade pela especificidade da operação”. Confira-se:

É causa de inexigibilidade a incompatibilidade entre o procedimento licitatório e o gênero de operação a efetivar ou a situação em que é realizada. Deveras, não se pode exigir a licitação quando ela inviabilize a própria medida a implementar, deixando desatendido o interesse público que a motiva.

Isso ocorre especialmente quando:

- a) não há tempo para licitar;
- b) a publicidade da licitação coloca em risco a segurança nacional;
- c) situação de excepcionalidade compromete a vida econômica do país, inviabilizando a realização de licitação;

- d) não é viável manter propostas pelo prazo necessário ao término do certame;
- e) embora tratando-se de alienação de bens, a obtenção do maior preço é o objetivo da Administração;
- f) o bem é produzido ou comercializado em série por ente administrativo, para alienação na forma de mercado;
- g) a operação, interessante para a Administração, exige a troca de bens certos entre ela e terceiro;
- h) se trata de contratação de entidade estatal criada, em processo de descentralização, para realizar operações tipicamente administrativas (prestação de serviços públicos ou desenvolvimento de atividades instrumentais, como a edificação de obras e a produção de bens necessários à Administração).¹⁵

Não vale o argumento de que seria viável a licitação para as referidas estatais firmarem relação com outro banco na colocação, por exemplo, de produtos de seguro, já que muitos bancos têm produtos equivalentes desse ramo. E não vale porque a relação contratual com um banco qualquer não é comparável à parceria estável com um banco de que o banco estatal seja acionista e integrante do controle, isto é, um banco semiestatal sob sua influência.

Não é viável fazer licitação quando o legítimo interesse do banco estatal for o de, em certos objetos estratégicos, firmar relações apenas com empresas semiestatais, com quem tenha uma “parceria público-privada” (em sentido amplo) consistente, por conta do vínculo societário. Essa parceria societária é lícita, estando expressamente prevista em lei (nº 11.908, de 2009). Desenvolvê-la, aproveitá-la, aprofundá-la, por meio de relações contratuais especiais em matérias estratégicas, é um modo de dar concreção ao interesse público definido em lei.

O contrato com esse parceiro semiestatal é uma operação específica, que não é comparável, portanto, ao contrato que resultaria de uma licitação aberta a qualquer um. A licitação é inviável, pois jamais levaria à específica operação que se necessita montar.

A inviabilidade de competição para a contratação, pelos referidos bancos estatais, de instituições semiestatais já conduziria, por si só, à incidência do art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que diz ser inexigível a licitação justamente nesses casos. A competição é inviável pois as empresas a serem contratadas são singulares, derivando a singularidade de seu caráter semiestatal, isto é, da relação especial que possuem com o banco estatal, o que as qualifica de modo único para realizar o interesse público que foi previsto como tal pela Lei nº 11.908, de 2009.

Lembrando-se que só seria inviável a competição caso os objetos das contratações fossem, necessariamente, negócios financeiros em sentido amplo (incluindo os ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964) e atividades complementares, tal como previsto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.908, de 2009. Para a contratação de outros bens e serviços, atinentes às suas atividades-meio não caracterizáveis como complementares às financeiras, poderia haver outros fornecedores e prestadores concorrentes, também com capacidade de execução do contrato, da mesma forma que

uma empresa investida, sem que tal execução propiciasse aos citados bancos estatais os benefícios singulares supostos nos interesses públicos definidos na Lei nº 11.908, de 2009.

De outro lado, como visto na primeira parte deste estudo, a contratação de instituições do gênero também está explicitamente dispensada de licitação pelo art. 24, XXIII, da mesma Lei de Licitações, que reforçou, dessa forma, o que já decorria implicitamente da genérica previsão do seu art. 25, *caput*.

4 Conclusão

Em conclusão, cumpre reafirmar a convicção quanto à importância de os estudiosos e aplicadores passarem a trabalhar com a figura da *empresa semiestatal*. Essa figura é necessária à adequada aplicação do direito administrativo positivo, que já vem dando a elas um tratamento especial, mesmo a expressão não estando ainda incorporada em lei.

Para o futuro, é previsível que outras questões, além da analisada diretamente neste estudo — a da inexigibilidade de licitação para os contratos entre a empresa semiestatal e a empresa estatal que participe de seu controle — sejam identificadas como merecedoras de uma disciplina específica.

Não podem os analistas, portanto, limitar-se a descrever essas empresas como *empresas não estatais*, do setor privado, sugerindo assim que seriam sujeitas em tudo ao regime empresarial comum. É correto dizer que sobre elas não incide em bloco o regime jurídico das empresas estatais, pois elas de fato não são empresas estatais e não faz sentido querer transpor para elas um regime impróprio. Mas a tendência, já iniciada com o tratamento sobre a desnecessidade de licitação, é de o direito positivo criar algumas regras especiais, que sejam capazes de disciplinar adequadamente essa figura, inclusive para evitar seu uso indevido, descontrolado ou desviado.

¹ Os autores agradecem a colaboração do Prof. Jacintho Arruda Câmara e do acadêmico Philippe Pessoa Sundfeld, na pesquisa e no debate que geraram este estudo.

² “Chamo a atenção para o fato de os conceitos de ‘poder de controle’ societário e de ‘transferência do controle’ serem empregados, pelo ordenamento jurídico em geral, em contextos regulatórios bastante diversos, devendo ser compreendidos *em função dos objetivos de cada regulamentação*. Ao contrário do que se pode apressadamente imaginar, tais conceitos não têm — nem podem ter — sempre o mesmo sentido. A identificação dos casos em que se deve considerar certa mudança no arranjo societário como uma ‘transferência do controle’ não pode fazer-se sem atenção à finalidade da norma limitadora ou condicionadora da transferência. De outro modo os resultados seriam totalmente ilógicos” [SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 283].

³ Em rápido comentário em sua obra de referência sobre o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, Marçal Justen Filho manifesta certa perplexidade com o texto do inciso XXIII do

art. 24. Após constatar que a legislação comercial brasileira não apresenta um conceito de empresa “subsidiária” e que, na realidade, interpreta-se “sociedade subsidiária” como sinônimo de “sociedade controlada”, conclui: “Sob esse ângulo [da legislação comercial], não há como diferenciar sociedade controlada e subsidiária, o que conduziria a excesso lingüístico na redação do dispositivo ora comentado” (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14.ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 342).

⁴ Vejam-se as definições do Decreto-Lei nº 200/67, alterado pelo Decreto-Lei nº 900/69: “Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se: (...) II – Empresa Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, *criada por lei* para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. III – Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, *criada por lei* para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.”

⁵ Que tem a seguinte redação: “Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRAS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas”.

⁶ Constituição Federal: “Art. 163. Lei complementar disporá sobre: (...) II – dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e *demaís entidades controladas pelo Poder Público*;”.

⁷ Constituição Federal: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) VII – dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e *demaís entidades controladas pelo Poder Público federal*;”. Lei de Responsabilidade Fiscal: “Art. 32. O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das *empresas por eles controladas*, direta ou indiretamente. (...) §3º Para fins do disposto no inciso V do §1º, considerar-se-á, em cada exercício financeiro, o total dos recursos de operações de crédito nele ingressados e o das despesas de capital executadas, observado o seguinte: (...) II – se o empréstimo ou financiamento a que se refere o inciso I for concedido por *instituição financeira controlada pelo ente da Federação*, o valor da operação será deduzido das despesas de capital; Art. 36. É proibida a operação de crédito entre uma *instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle*, na qualidade de beneficiário do empréstimo. Parágrafo único. O disposto no *caput* não proíbe *instituição financeira controlada* de adquirir, no mercado, títulos da dívida pública para atender investimento de seus clientes, ou títulos da dívida de emissão da União para aplicação de recursos próprios. Art. 40. Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal. §1º A garantia estará condicionada ao oferecimento de contragarantia, em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida, e à adimplência da entidade que a pleitear relativamente a suas obrigações junto ao garantidor e às *entidades por este controladas*, observado o seguinte: I – não será exigida contragarantia de órgãos e entidades do próprio ente; II – a contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados

aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida. (...) §6º É vedado às entidades da administração indireta, *inclusive suas empresas controladas e subsidiárias*, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos. §7º O disposto no §6º não se aplica à concessão de garantia por: I – *empresa controlada a subsidiária ou controlada sua*, nem à prestação de contragarantia nas mesmas condições; II – instituição financeira a empresa nacional, nos termos da lei. §8º Excetua-se do disposto neste artigo a garantia prestada: I – por instituições financeiras estatais, que se submeterão às normas aplicáveis às instituições financeiras privadas, de acordo com a legislação pertinente; II – pela União, na forma de lei federal, a *empresas de natureza financeira por ela controladas*, direta e indiretamente, quanto às operações de seguro de crédito à exportação.”

⁸ Constituição Federal: “Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central. (...) §3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e *das empresas por ele controladas*, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.” Lei de Responsabilidade Fiscal: “Art. 43. As disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o §3º do art. 164 da Constituição. (...) §2º É vedada a aplicação das disponibilidades de que trata o §1º em: I – títulos da dívida pública estadual e municipal, bem como em ações e outros papéis relativos às *empresas controladas pelo respectivo ente da Federação*; II – empréstimos, de qualquer natureza, aos segurados e ao Poder Público, *inclusive a suas empresas controladas*.”

⁹ Lei de Responsabilidade Fiscal: “Seção III – Das *Empresas Controladas pelo Setor Público* – Art. 47. A *empresa controlada* que firmar contrato de gestão em que se estabeleçam objetivos e metas de desempenho, na forma da lei, disporá de autonomia gerencial, orçamentária e financeira, sem prejuízo do disposto no inciso II do §5º do art. 165 da Constituição. Parágrafo único. A *empresa controlada* incluirá em seus balanços trimestrais nota explicativa em que informará: I – *fornecimento de bens e serviços ao controlador*, com respectivos preços e condições, comparando-os com os praticados no mercado; II – *recursos recebidos do controlador*, a qualquer título, especificando valor, fonte e destinação; III – venda de bens, prestação de serviços ou concessão de empréstimos e financiamentos com preços, taxas, prazos ou condições diferentes dos vigentes no mercado”.

¹⁰ “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais. (...) §5º A lei orçamentária anual compreenderá: I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, *inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*; II – o orçamento de investimento *das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto*;”.

¹¹ “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da

companhia.”

12 “Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício. §1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. §2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. §3º A companhia aberta divulgará as informações adicionais, sobre coligadas e controladas, que forem exigidas pela Comissão de Valores Mobiliários. §4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. §5º É presumida a influência significativa quando a investidora for titular de 20 % (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.”

13 “SEÇÃO V – Subsidiária Integral – Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.”

14 “Art. 1097. Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes. Art. 1098. É controlada: I – a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; II – a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas. Art. 1.099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la. Art. 1.100. É de simples participação a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de dez por cento do capital com direito a voto.”

15 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 48-49.

Como citar este artigo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75965>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

Como citar este artigo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto

científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

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