NOTAS E COMENTÁRIOS

ESTATUTO DO ESTADO-ACIONISTA — NORMAS DE REGULAMENTO — CLÁUSULAS ESTATUTÁRIAS

— Sociedades de economia mista. Administração financeira. Fiscalização segundo a lei comercial.

ORLANDO CARLOS GANDOLFO *

1. O fato de o estado-membro ser o maior acionista não modifica a natureza da sociedade, que continuará sociedade de direito privado, tal como, em relação à sociedade de economia mista, ocorre na esfera federal (cfr. RMS n.º 7.745/SP. Noronha, Jardel. & Martins, Odalea. *In Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal,* v. V, p. 25, Súmula 76).

2. À vista disso, o poder executivo, pelo menos na esfera estadual e municipal, não pode baixar normas de regulamento obrigando, de forma direta, sociedade por ações na qual, através da Fazenda estadual ou autarquia, detém controle acionário.

3. Ao tratar das autarquias, empresas públicas, sociedades por ações controladas pelo estado e fundações — tudo o que engloba, impropriamente (*RDP,* v. 13, p. 133; v. 17, p. 113), sob o título de "entidades descentralizadas" —, o Decreto-lei complementar n.º 7/69 estabelece (art. 2.º, I, II e III) que, quanto à administração financeira, deverão essas entidades elaborar orçamentos de custeio e investimento e de programação financeira, *"consoante normas de regulamento que será baixado pelo governador do estado, por proposta da secretaria da Fazenda,* adequadas ao seu programa de trabalho" art. 3.º, II, *a*).

4. Respeitadas as peculiaridades de cada empresa, os aludidos orçamentos, através denominador comum, hão de ser homogeneizados e reduzidos, assim,

* Procurador do Estado de São Paulo.

tanto quanto possível, a modelo único, de modo a facilitar o objetivo visado: administração financeira geral do estado.

5. Aliás, figura na Constituição paulista:

"Art. 74 — O estado organizará a sua contabilidade de modo a evidenciar os fatos ligados à sua administração financeira, orçamentária, patrimonial e industrial."

e, mais adiante:

"Art. 86 — Os órgãos e entidades da administração descentralizada deverão planejar as suas atividades e programar a sua despesa anual, obedecidos o plano geral do governo e a sua programação financeira."

6. Ora, se assim é, se as entidades (autarquias, sociedades e fundações) que integram a administração pública devem obedecer "o plano geral do governo e a sua programação financeira", segue-se que, através expedientes próprios, seus orçamentos financeiros devem adequar-se à administração financeira geral do estado.

7. São essas entidades, como consta da exposição de motivos relativa ao Decreto-lei complementar n.º 7/69, *parcelas do serviço público* (*verbis*): "Evitar-se-á, assim, a diversidade de critérios ... relativamente ao sistema de controle a que devem sujeitar-se *como parcelas, que são, do serviço público*") (cfr. *DOE* de 8.11.69, p. 4). Seus orçamentos de custeio e investimento e de programação financeira deverão respeitar, à vista disso, as normas de regulamento baixado, por proposta da secretaria da fazenda, pelo governador do estado.

8. Se se tiver presente, de outra parte, que à secretaria da fazenda, através da contadoria-geral do estado (art. 79, III, do Decreto n.º 49.900/68), compete elaborar o orçamento geral do estado, que, conforme determina a Constituição do estado (art. 82), contemplará os efeitos, no exercício financeiro, dos orçamentos plurianuais de investimentos, aprovados por lei, inclusive quanto às obras e serviços públicos afetos às empresas controladas pelo estado, compreende-se que as normas de regulamento, a serem baixadas pelo chefe do executivo, sejam preparadas, também, pela secretaria da fazenda.

9. No tocante às autarquias, por se tratar de desdobramento, personalizado, do estado (Bandeira de Mello, C. A. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, p. 468), será fácil estabelecer, através ato do poder executivo, como consta do Decreto n.º 52.758, de 25.6.71, normas de direito administrativo, com todos corolários, de execução direta, dispondo sobre o assunto.

10. Mas, quanto às sociedades por ações e fundações, uma vez constituídas, passam a se reger pelo direito comum; as primeiras, pelo menos na esfera estadual e municipal, pelo Decreto-lei n.º 2.627/40; as segundas, pelo Código Civil (art. 24 e seg.).

11. Consta da Constituição do Brasil:

"Art. 170 — .....

§ 2.º — Na exploração, pelo estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações."

12. Se assim é, se as sociedades de economia mista, que não se confundem com as sociedadse por ações, regem-se pelas normas aplicáveis às empresas privadas, razão inexiste para que as sociedades controladas pelo estado fiquem submetidas às normas aplicáveis às autarquias.

13. Os preceitos gerais sobre orçamento, despesa, gestão patrimonial e financeira, baixadas pelo estado-membro (capítulo III, da Constituição do estado, art. 71 e seg., nova redação), destinam-se aos órgãos da administração direta centralizada (secretarias de estado) e descentralizada (autarquias) (art. 70, § 5.º, da Constituição do Brasil; art. 88 da Constituição do estado). As sociedades que integram a administração indireta, ficam, à vista disso, excluídas desses preceitos porque operam segundo os "métodos da empresa privada" (art. 70, da Constituição estadual).

14. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e apoio do estado, organizar e explorar as atividades econômicas. Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o estado organizará e explorará, diretamente, a atividade econômica. Mas, se o fizer, as empresas constituídas por iniciativa do poder público reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas (Constituição do Brasil, art. 170, § 2.º).

15. Sociedade anônima é entidade comercial por excelência (Guimarães, Ruy Carneiro. *Sociedade por Ações,* v. I, p. 35, n.º 13; Sampaio Lacerda, J. C. *Manual das Sociedades por Ações,* p. 17, n.º 13).

16. Reza o Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940:

"Art. 2.º — .....
Parágrafo único — Qualquer que seja o objeto a sociedade anônima ou companhia é mercantil e rege-se pelas leis e usos do comércio."

17. Por isso, sociedade anônima não se sujeita aos controles financeiros, contábeis, patrimoniais ou de qualquer outra ordem, peculiares aos órgãos da administração pública. Adota, antes, técnicas e processos adequados à sua natureza jurídica.

18. Ao acionista é lícito fiscalizar, na forma estabelecida na lei comercial, os negócios sociais (art. 78, letra *c* do Decreto-lei n.º 2.627/40). Exercerá essa faculdade, no entanto, com maior facilidade, quando seu exercício estiver regulamentado no estatuto social, como, através preceitos que se voltam ao estado-acionista, preconiza o Decreto-lei complementar n.º 7, de 6 de novembro de 1969.

19. Compreende-se, dentro dessa ordem de idéias que o estado-membro baixe normas a si próprio, na feição que toma de estado-acionista, no sentido de, com a força de acionista majoritário, fazer incluir no estatuto social

preceitos relativos à elaboração de orçamentos de custeio e investimento; de programação financeira; planos e sistemas de contabilidade e de apuração de custos, de forma a permitir a análise da situação econômica, financeira e operacional da entidade, em seus vários setores, e, bem assim, preceitos relativos à formulação de programa de atividade (Decreto-lei complementar, citado, art. 3, II, letras *a* e *b*), posto que, numa visão de conjunto, os interesses da administração direta e indireta hão de coincidir.

20. De fato, o estado-membro tem interesse em conhecer, através seus órgãos administrativos, a execução orçamentária, os custos operacionais, a rentabilidade econômica do serviço público desempenhado pela sociedade que integra sua administração indireta, para, à vista da análise do controle de resultado, especialmente quanto ao atendimento da finalidade, objetivo institucional e situação administrativa da empresa, orientar a conduta do estado-acionista, suprindo-o, inclusive, dos recursos necessários.

21. Mas, o controle e fiscalização da empresa, como tudo que disser com sua atividade empresarial, deverá se revestir da forma estabelecida na lei comercial, não se aplicando à entidade, seus dirigentes e empregados, as normas de regulamento que o estado-membro baixar para seus representantes e órgãos administrativos.

22. Sociedade anônima na qual o estado-membro figura como acionista majoritário escapa, realmente, à possibilidade de receber tratamento jurídico igual ao dispensado às autarquias. Nela, o estado-membro procede como acionista, como se fosse pessoa de direito privado, não, como entidade de direito público interno. A sociedade não se publiciza. O estado é que se privatiza.

23. O estado-acionista atua, à vista disso, obediente à lei comercial: decide quanto aos estatutos sociais; elege os dirigentes da sociedade e os membros do conselho fiscal, do qual, obrigatoriamente — por força de orientação que o estado-membro traçou ao estado-acionista — deve participar integrante do Conselho de Defesa dos Capitais do Estado — CODEC (Decreto n.º 49.513, de 24.5.1968); e, nas assembléias gerais, delibera com voto majoritário.

24. A presença do estado-membro se faz sentir, portanto, na empresa, através seus dirigentes, vedada a ingerência direta, como poder público, na vida e negócios da sociedade, mesmo se, desavisadamente, estabelecida a medida em lei estadual. Preceito que assim dispuser contrariará lei comercial, e, em termos jurídicos, apenas atingirá os objetivos visados se a vontade do estado-membro se expressar através dos representantes que mantém nos órgãos diretivos da sociedade.

25. Como poder público o estado-membro, pelo menos na esfera estadual e municipal, não pode atuar, de modo direto, junto às sociedades cujo controle acionário detém. Será desconhecer a Constituição Federal (art. 8.º, XVII, letra *b*, da Constituição do Brasil) e Lei das Sociedades por Ações, diplomas legais que, em virtude dos princípios da hierarquia das leis e

competência privativa, dominam o tema. Pode, contudo, como acionista majoritário, atingir seus desideratos, bastando observar, quanto ao *modus faciendi,* os veículos e normas empresariais.

26. Apenas na sociedade de economia mista (art. 5, III, do Decreto-lei n.º 200, de 25.1.67, com a redação dada pelo Decreto-lei n.º 900, de 20.9.69, entidade encontrada na esfera federal, e que não se confunde com a sociedade anônima (art. 38 do Decreto-lei 2.627/40), ocorre direta ingerência do poder público na vida e negócios societários, porque a *lei especial* que dá existência à entidade é, a um tempo, de direito administrativo e de direito comercial, fato que legitima a alteração do direito comum. Os estados-membros e municípios, contudo, desprovidos estão de igual competência legislativa. Falta-lhes força para alterar a lei comercial, e, por conseguinte, apesar da competência que têm para, respeitados os princípios estabelecidos no Estatuto Básico da Nação (art. 13), legislarem sobre direito administrativo local, não podem criar sociedades de economia mista, senão, com estrita observância da lei comercial, sociedades anônimas.

27. Deve existir controle econômico, financeiro e administrativo dos bens públicos empregados pelo estado-membro, na sociedade anônima cujo controle detém. Isso deve ser feito, no entanto, de modo a não prejudicar a flexibilidade operacional da empresa e os ditames do direito positivo. No estado atual de coisas, os dirigentes dessas sociedades prestam contas, nos termos da lei comercial, à assembléia geral, mediante parecer prévio do conselho fiscal, malgrado esse sistema, em virtude da atrofia que esse órgão sofreu não corresponder mais, como observa Caio Tácito, às reais necessidades "na verificação das contas das sociedades comerciais do estado" (*Rev. For.,* v. 205, p. 419). Bastará, contudo, o retorno à originária missão prevista para o conselho fiscal — cuja atuação, hoje, está relegada, na prática, a atividade meramente formal — e controle eficaz será restabelecido!

28. Ao cuidar da administração financeira (art. 51 a 91 da Constituição estadual), o estado-membro, respeita, em verdade, a supremacia da lei comercial, e, por isso deixa de submeter ao jugo direto das normas de regulamento que estabeleceu para si e suas autarquias, as sociedades nas quais figura como acionista majoritário.

29. A fiscalização, pelo estado, dos negócios da sociedade não se faz, e nem pode ser feita, portanto, de modo direto. Há de ocorrer, de forma indireta, por via oblíqua, personificada na atuação dos dirigentes que eleger, especialmente dos membros do Conselho de Defesa dos Capitais do Estado que, nos termos da legislação estadual, elegerá com seu voto majoritário para o Conselho Fiscal (cfr. art. 39 do Decreto n.º 10.152, de 23.12.68; art. 6.º do Decreto n.º 42.328, de 12.8.63; art. 22, do Decreto n.º 42.442, de 6.9.63; art. 1.º, do Decreto n.º 49.513, de 25.4.68).

30. Exercerão, nessa conformidade, estes últimos, as atividades ligadas a sua condição de membro do CODEC, porém sob as vestes de membros do Conselho Fiscal.

31. Dois encargos interligados terão esses servidores a desempenhar, assim, no interesse da administração pública: como integrante do CODEC e como integrante do Conselho Fiscal. No primeiro aspecto, ficarão vinculados ao estado em razão de investidura pública que obriga-os a atuar, no Conselho Fiscal, de modo a zelar pela observância da orientação administrativa baixada pelo estado-membro ao estado-acionista. No segundo aspecto, ficarão vinculados à empresa, segundo os ditames do direito comercial, formalmente desconhecendo a sociedade o *status* de servidor público desses membros do Conselho Fiscal.

32. Os representantes do estado, como se vê, procederão, na empresa, com as faculdades que a lei confere aos membros do Conselho Fiscal, método que atenderá os reclamos do controle e fiscalização desejados e afina, de outra parte, com a lei mercantil.

33. "Esse sistema — ensina Seabra Fagundes — tem, portanto, plena oportunidade na regulação da vida social. Tanto mais quanto o apelo, por parte do estado, na organização de determinada empresa, aos moldes usados nas relações da vida comercial, significa uma eleição dos processos que a regem, porque certamente considerados, na flexibilidade e simplicidade do seu mecanismo, os mais adequados à realização do objetivo que se tem em vista", para concluir, adiante: "Toda a influência do estado ou do município há de exercer-se nos termos escritos da Lei das Sociedades por Ações, isto é, como decorrência da sua posição de maior acionista (*Rev. For.*, v. 146, p. 88).

34. Os órgãos administrativos do serviço púolico estadual não desfrutam realmente, de ingerência direta na vida e negócios das sociedades controladas acionariamente pelo estado federado; sua atuação haverá de ocorrer na forma estabelecida nos estatutos sociais.

35. Normas de regulamento baixado pelo poder executivo, para valerem na esfera societária, deverão se converter, portanto, em textos estatutários, de modo que o estado, na feição que tomar de acionista, possa, através dos dirigentes da empresa, especialmente do acionista majoritário e do conselho fiscal, implantar a orientação ditada pelo estado-membro.

36. Nessa conformidade, as normas de regulamento deverão dirigir-se ao acionista majoritário e representantes do estado pertencentes aos diversos órgãos diretivos da sociedade, para que diligenciem, cada um na sua esfera de ação, o que pelos estatutos sociais lhes couber; jamais, diretamente à empresa.

37. À vista de todo o exposto, revendo, nesta oportunidade, as cláusulas estatutárias preconizadas em trabalho anterior (*RDP*, v. 13, p. 133), resulta para nós fortalecida a convicção da sua justeza ao quanto dispõe o Decreto-lei complementar, n.º 7/69, o que importa dizer: as normas de regulamento baixado pelo poder executivo dirigem-se aos agentes administrativos do poder público e apenas obrigarão a empresa quando, através expedientes adequados, converterem-se em textos estatutários.