

Empresas com participação estatal e o controle de contas*

Companies with state participation and the accounting control

Carlos Ari Sundfeld**

Conrado Tristão***

RESUMO

O artigo reconstrói a evolução da legislação administrativa e da legislação e jurisprudência de contas no Brasil relativamente ao conceito de administração pública, com o objetivo de entender quais têm sido, ao longo do tempo, as dificuldades, polêmicas e opções sobre os critérios para, por um lado, considerar empresas com diferentes níveis de capital estatal (minoritário, igualitário, majoritário ou exclusivo; com direito a voto ou sem direito a voto) como integradas à administração pública indireta e, por outro lado, como submetidas ao controle de contas. A constatação da

* Artigo recebido em 10 de maio de 2022 e aprovado em 9 de agosto 2023. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v283.2024.89321>.

** Doutor em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor titular da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). E-mail: carlos.sundfeld@fgv.br.

*** Coordenador executivo do Núcleo de Inovação da Função Pública da SBDP. Pesquisador do Grupo Público da FGV Direito SP e da SBDP. Membro do Movimento Pessoas à Frente. Doutorando em direito e desenvolvimento na FGV Direito SP. Mestre em direito e desenvolvimento pela FGV Direito SP. Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP). E-mail: cvtristao@gmail.com.

pesquisa é que, a despeito das insuficiências e divergências havidas no decorrer dos anos, bem como de alguma flutuação retórica, tem prevalecido, na legislação e na jurisprudência de contas, o critério de considerar excluídas, tanto da administração pública indireta como do controle de contas, as empresas em cujo capital ou controle haja participação estatal não majoritária, as quais se configuram juridicamente como empresas do setor privado.

PALAVRAS-CHAVE

Tribunal de Contas da União — jurisdição de contas — empresas estatais — estado acionista minoritário — empresas participadas

ABSTRACT

The article reconstructs the evolution of administrative legislation and accounting legislation and jurisprudence in Brazil regarding the concept of public administration, with the aim of understanding, over time, the difficulties, controversies and options regarding the criteria for, by on the one hand, consider companies with different levels of state capital (minority, equal, majority or exclusive; with voting or non-voting rights) as integrated into the indirect public administration and, on the other hand, as subject to account control. The finding of the research is that, despite the shortcomings and divergences that have occurred over the years, as well as some rhetorical fluctuation, the criterion of considering excluded from both indirect public administration and the control of accounts, companies in whose capital or control there is non-majority state participation, which are legally configured as private sector companies.

KEYWORDS

Federal Court of Accounts — accounting jurisdiction — state-owned enterprises — minority shareholder government — participating companies

Introdução

Este artigo reconstrói a evolução da legislação administrativa e da jurisprudência de contas no Brasil relativamente ao conceito de administração

pública, com o objetivo de entender quais têm sido, ao longo do tempo, as dificuldades, polêmicas e opções sobre os critérios para considerar empresas com diferentes níveis de capital estatal (minoritário, igualitário, majoritário ou exclusivo; com direito a voto ou sem direito a voto) como integradas à administração pública indireta e, por outro lado, como submetidas ao controle de contas (assim entendido o controle realizado pelos tribunais de contas).

O tema tem a ver com as características jurídicas das entidades estatais e com as peculiaridades de seu regime jurídico, na comparação com as entidades não estatais, bem como com o conceito de recursos sujeitos ao controle dos tribunais de contas.

Há no ordenamento jurídico normas diversas para: organizações personificadas e não personificadas; entidades de fins econômicos e de fins não econômicos; entidades de direito privado e entidades de direito público; e entidades não estatais (do setor privado) e entidades do setor público. A presença de cada uma dessas características atrai sobre a organização a incidência dos conjuntos normativos respectivos, excluindo seus opostos.

A expressão *empresa estatal*, embora não usada diretamente pela Constituição Federal e pela legislação geral, consagrou-se no mundo jurídico e administrativo para designar as organizações com estas quatro características: personificação; fins econômicos; estruturação básica segundo o direito privado; e caráter estatal.

A personificação, que faz da empresa uma pessoa jurídica (e não simples órgão integrante de organização maior), garante a ela o atributo da autonomia jurídica, isto é, a capacidade de autoadministração e de assunção de obrigações em nome próprio.

O exercício profissional de atividade de fins econômicos (produção ou circulação de bens ou serviços) caracteriza a entidade como sociedade empresária, distinguindo-a das entidades de fins não lucrativos, sejam associações e fundações do setor privado, sejam entidades de direito público.

O fato de, em sua estruturação básica, adotar a forma empresarial e atuar sem poderes de Estado, faz com que a entidade tenha *personalidade de direito privado*, distinguindo-se das *entidades de direito público*, isto é, das pessoas político-administrativas (União, estados, Distrito Federal e municípios), suas autarquias e fundações de direito público.

Por fim, em função de vínculo especial, de natureza orgânica, estável, a entidade integra o setor público, na qualidade de ente da administração pública indireta, e não do setor privado. Sua personalidade é, portanto,

peculiar, com certo grau de hibridismo, uma composição do direito privado com o direito estatal (*personalidade privada estatal*).¹

As empresas estatais são sujeitas a um complexo de normas, o bloco normativo estatal, que não alcança as empresas do setor privado. O caráter estatal, isto é, a integração à administração pública indireta, com vínculo orgânico estável com o setor público, é, portanto, o responsável pelas peculiaridades jurídicas das empresas estatais, quando comparadas com as do setor privado.

Integram esse bloco regras que, por exemplo, obrigam as estatais a celebrarem contratos mediante licitação (CF, art. 22, XXVII, e art. 173, § 1º, III), fazerem concurso público (CF, art. 37, *caput* c/c inc. II) e sujeitarem-se à fiscalização dos Tribunais de Contas (CF, art. 70, *caput*, e art. 71, II) e do Poder Legislativo (CF, art. 49, X).²

Questão fundamental para os controles públicos é, portanto, identificar quais fatores determinam a existência ou não de vínculo orgânico entre o setor público e uma empresa. A questão tem gerado seguidas divergências ao longo do tempo.

O objetivo deste artigo é identificá-las e compreendê-las e, para tanto, ele está dividido em duas partes.

A primeira analisa as opções normativas hoje vigentes no Brasil sobre os critérios para caracterização das empresas integrantes da administração pública indireta, e mostra sua coerência com os critérios que vêm sendo construídos desde a década de 1960 pela legislação geral sobre organização administrativa. A constatação é que as normas sobre organização administrativa têm se mantido constantes na orientação de, para considerar uma empresa como integrante da administração pública indireta, exigir necessariamente a presença de participação estatal majoritária em seu capital votante.

A segunda parte trata da evolução histórica da legislação e da jurisprudência de contas sobre os critérios para uma empresa ser considerada sujeita ou não ao controle dos tribunais de contas. A constatação é que, ao longo do tempo, as normas sobre controle de contas acompanharam as opções

¹ SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 265.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 161 e ss.; e BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 173 e ss.

das normas sobre organização administrativa, embora nem sempre o Tribunal de Contas da União (TCU) tenha se acomodado a essa tendência.

1. Definições do direito positivo quanto à forma empresarial e o setor público

Nesta parte 1, o artigo examina como o direito positivo caracteriza as empresas integrantes da administração pública indireta, diferenciando-as das empresas que, embora possuam capital de origem estatal, não são consideradas empresas estatais.

Esta parte se divide em quatro itens. Inicialmente, são examinados os conceitos de empresa pública, sociedade de economia mista e subsidiárias (item 1.1). A seguir, analisa-se a situação de participação estatal (minoritária) no capital de uma empresa do setor privado (item 1.2), bem como a situação de participação estatal (também minoritária) no próprio controle de uma empresa do setor privado (item 1.3). Por fim, discute-se a expressão “sociedade controlada” pelo poder público, mostrando os desafios que ela suscitou no passado, antes da Constituição de 1988, e pode suscitar ainda hoje, após a Lei nº 13.303, de 2016, a Lei das Estatais (item 1.4).

1.1. *Empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias*

Segundo a legislação em vigor, o que faz uma empresa ser “estatal”, isto é, integrante da administração pública indireta?

Atualmente, a resposta parece simples: é o fato de se encaixar ou não no conceito de *empresa pública* ou de *sociedade mista*. Enquadrando-se em um deles, a empresa será estatal; do contrário, será empresa do setor privado.

Tanto empresas públicas como sociedades de economia mista podem possuir subsidiárias. Estas são empresas controladas daquelas, isto é, sociedades de cujo capital as empresas estatais participam em montante suficiente para lhes garantir a maioria do capital votante; se a participação da estatal for minoritária, a empresa participada não será uma subsidiária.³

³ JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária em empresas privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 50-53.

As empresas subsidiárias são igualmente empresas estatais, na condição ou de empresas públicas (se nelas não houver capital privado) ou sociedades mistas (se houver, em seu capital, participação minoritária do setor privado), estando sujeitas às normas específicas dessas duas categorias. Subsidiárias não são uma terceira espécie do gênero empresa estatal, mas subespécie das espécies empresa pública ou sociedade mista. A Lei das Estatais pareceu deixar isso claro quando, em sua ementa, na denominação de seu Título I e no *caput* do art. 1º, enumerou, como sujeitas às suas disposições, apenas estas duas espécies: as empresas públicas e as sociedades mistas (incluindo implicitamente entre elas as respectivas subsidiárias).

Assim, para fins de distinção das empresas do setor privado, o conceito de empresa estatal é estritamente vinculado a dois outros: os de empresa pública e sociedade de economia mista.

A Lei das Estatais, além de formular esses dois conceitos, fez com que eles abrangessem o de sociedade controlada pelo poder público (a qual será uma empresa pública, se o capital for todo público, ou uma sociedade de economia mista, se houver capital privado minoritário). Com isso, por força da lei nacional, apesar de a Constituição usar outras expressões para designar sociedades empresariais integrantes da administração indireta, todas elas foram acomodadas nos conceitos de empresa pública e de sociedade mista.⁴

Ficou superada a explicação, adotada por alguns autores, de que as sociedades controladas pelo poder público, mas não criadas ou autorizadas por lei, não seriam empresas públicas nem sociedades mistas, e sim uma terceira espécie, embora equiparada às outras.⁵

A legislação administrativa brasileira tem se ocupado de resolver ela própria sobre esses dois conceitos, os quais foram fixados pela lei com critérios exatos, matemáticos, não com fórmulas vagas ou indeterminadas. São conceitos de Direito estrito, propriamente legais, não deixando espaço de criatividade para aplicadores e intérpretes.

Segundo a Lei das Estatais, empresa pública é aquela “cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios”, ainda que com a participação minoritária de entidades da administração indireta em seu capital votante (art. 3º).

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 122-124.

⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 53-54.

Já a sociedade de economia mista é a empresa em que há capitais privados, mas “cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta” (art. 4º, *caput*).

Esses conceitos são, seja quanto à natureza das entidades, seja quanto à distribuição dos capitais, os mesmos que já constavam da lei de organização geral da administração pública federal editada pelo Decreto-Lei nº 200 em 1967 (e mantidos quando de sua revisão pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969).

São conceitos exatos. Tanto por se basearem em critérios matemáticos (integralidade e maioria) como por remeterem a outros igualmente determinados (capital, ações com direito a voto, União, estados, Distrito Federal, municípios, entidades da administração indireta). Na linguagem dos administrativistas, trata-se de conceitos jurídicos determinados, cuja aplicação envolve esforço de pura constatação, não discricionariedade ou juízo pessoal.⁶

Em função dessas opções da lei, o caráter de entidade estatal tem a ver com a composição do capital votante da empresa.

Afora esse aspecto, a Lei das Estatais repetiu a opção de também incluir, como critério definidor da empresa pública e da sociedade mista, a criação autorizada “por lei”, como fizera o art. 5º, II e III do Decreto-Lei nº 200, de 1967. O mais adequado talvez tivesse sido prever a autorização legal como requisito de regularidade da instituição ou assunção da empresa pelo Estado, como faz o art. 37, XIX da Constituição.

O risco da opção de incluir a *criação por lei* como elemento do conceito de empresa estatal é sugerir a interpretação — adotada por muitos no passado, após o Decreto-Lei nº 200, de 1967 — de que existiriam outras sociedades de capital público-privado, controladas majoritariamente pelo Estado, mas que, por não corresponderem ao conceito legal de sociedades mistas, pois criadas sem autorização legal, teriam regime total ou parcialmente diverso do regime das demais empresas estatais (as empresas públicas e sociedades mistas).⁷

A Constituição de 1988 procurou contornar o problema da fuga, dessas entidades não criadas por lei, às normas aplicáveis às empresas estatais dizendo que aspectos do seu regime também se estendem a “sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público” (p.ex.: art. 37, XVII;

⁶ ENTERRÍA, García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. 1. ed. bras. a partir da 16. ed. esp., revisão técnica de Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I, p. 466.

⁷ Ainda hoje, nesse sentido, EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. III, p. 301.

art. 164, § 3º; art. 202, § 4º). Definiu assim que, criadas ou não por lei, tais empresas deveriam ser entendidas como empresas estatais, entidades da administração pública indireta, igualmente sujeitas a seu regime.

Mas faltava norma legal que, em coerência com o Decreto-Lei nº 200, de 1967 — ainda hoje vigente para a União, mas não aplicável diretamente aos entes subnacionais —, o dissesse em caráter geral também para os estados, Distrito Federal e municípios. Isso veio a ser suprido pelo § 6º do art. 1º da Lei das Estatais — evitando, aliás, o vácuo que, mais uma vez, haveria pela vinculação dos conceitos de empresa pública e sociedade mista à criação autorizada por lei.

Assim, em conclusão, a criação por decisão ou autorização legal é um requisito de validade da instituição de empresas estatais, mas isso não tem impacto conceitual ou no regime jurídico: serão consideradas igualmente empresas estatais todas as que possuam capital votante majoritariamente estatal, ainda que sua constituição não tenha derivado de lei (o que foi comum antes da Constituição de 1988).

1.2. Participação estatal em empresa do setor privado

Empresa estatal e empresa do setor privado são dois gêneros, cada um subdividido em espécies. Empresa pública e sociedade de economia mista são espécies do gênero empresa estatal. Empresa com participação estatal e empresa sem participação estatal são espécies do gênero empresa do setor privado.

O investimento estatal em empresa do setor privado pode ter motivações diversas, como fomento financeiro a setor da economia, uso de poder acionário estatal com objetivos regulatórios e atuação concertada entre empresa estatal e empresa investida.⁸

Uma sociedade empresarial não deixa o setor privado só por receber investimento público minoritário. A figura jurídica é outra: uma *empresa do setor privado com participação estatal*.⁹ A Constituição, em seu art. 37, XX, previu

⁸ Para este último caso (participação para atuação concertada) é que faz sentido falar em *empresa semiestatal*. E isso apenas para a aplicação de regras especiais de contratação recíproca, não para a empresa privada investida ser sujeita ao bloco normativo estatal (Sundfeld, Souza e Pinto, *Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação*, *op. cit.*, p. 111-122).

⁹ Sobre a especialidade do vínculo entre a empresa estatal e o setor público, bem como sua distinção entre esse vínculo e outros mais frágeis que o Estado pode constituir com empresas

de modo expresse essa figura, quando exigiu autorização legal para viabilizar a simples “participação” de entidades estatais (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias) em “empresa privada”.

A mera relação de capital de empresa estatal com sociedade privada não transforma esta última em subsidiária daquela. Segundo as normas constitucionais e a Lei das Estatais, para ser subsidiária — e, nessa qualidade, integrante da administração pública indireta —, a sociedade investida tem de ser *controlada majoritariamente* pela empresa estatal.

No exercício de seus direitos de sócia sobre empresa privada, a acionista estatal observará regras específicas de governança e controle, previstas no § 7º do art. 1º da Lei das Estatais (regulamentado pelos arts. 7º e 8º do Decreto Federal nº 8.945, de 2016), e não poderá invocar o art. 238 da Lei das S/A para, por meio dos conselheiros ou diretores que tiver indicado, exigir da empresa privada a persecução do interesse público com sacrifício do lucro.¹⁰

A sociedade privada investida não se sujeitará à tutela administrativa e à supervisão ministerial, não integrará o orçamento público de investimentos, não estará sujeita à legislação de licitação e contratações públicas e não será fiscalizada diretamente pelo Legislativo. E, como se discutirá na parte 2 deste artigo, seus administradores, não sendo agentes públicos, não prestarão contas ao tribunal de contas, nem serão atingidos por suas determinações e sanções. Em suma, à empresa privada com participação estatal se aplica o regime privado comum e não o bloco normativo estatal.

1.3. Participação estatal no controle de empresa do setor privado

É possível a entidade estatal, sem afetar a qualificação jurídica da empresa do setor privado de que participe minoritariamente, também tomar parte do exercício do poder de controle sobre ela?

Pelas características das sociedades por ações, a situação pode acontecer, em associação ou não da empresa estatal com outros acionistas. Um caso

do setor privado, SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 55-65.

¹⁰ PINTO JÚNIOR, Mário Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 192.

seria o da participação estatal minoritária em bloco de controle: por acordo de acionistas, os votos da estatal se uniriam aos de outros acionistas, estes do setor privado, para exercício conjunto do direito de voto. Outro caso seria o do controle estatal temporário ou eventual: com base em participação minoritária em sociedade de capital pulverizado, a estatal conseguiria a preponderância nas deliberações sociais e elegeria a maioria dos administradores, até seu poder ser contestado por acionista ou grupo diverso. Em nenhum desses casos a sociedade investida se integraria à administração pública indireta pois, no primeiro, faltaria o controle estatal majoritário e, no segundo, o controle estatal permanente.

Calixto Salomão, discutindo a noção de controle na Lei das S/A, diante das alternativas controle majoritário e controle minoritário, defende a necessidade de se adotar a noção de controle majoritário, que assegura a estabilidade, sempre que a disciplina legal, para ser aplicada coerentemente, requerer a “consolidação de uma posição jurídica”.¹¹ Esse critério faz sentido para empresas estatais, pois seria problemático um conceito que as fizesse ficar flutuando para dentro e para fora da administração pública indireta segundo o acionista estatal, com seus direitos de acionista minoritário, conseguisse ou não prevalecer sobre o restante dos acionistas em cada assembleia.

O § 7º do art. 1º da Lei das Estatais foi coerente com essa ideia. Ao tratar dos casos de simples participação minoritária de entidade estatal no capital de empresa privada, descreveu-os como “participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, e sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário”. A norma se refere à hipótese de a participação das empresas estatais não lhes conferir controle permanente e majoritário, mas não impede que exerçam controle eventual ou compartilhado.

O gênero empresa estatal, como algo distinto da empresa do setor privado, atualmente se compõe apenas das espécies empresa pública e sociedade de economia mista (com as respectivas subsidiárias) — e em ambas, segundo os arts. 3º e 4º, *caput*, da Lei das Estatais, a participação estatal no capital votante tem de ser majoritária e, portanto, permanente. Simples participação estatal minoritária no capital votante ou no controle de empresa privada é insuficiente para a estatização desta, por falta de vínculo orgânico. Empresa do setor privado submete-se ao direito comum.

¹¹ Anotação à obra de COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 67-71.

1.4. Empresa sob controle estatal

No tocante à composição societária, segundo os arts. 3º e 4º, *caput*, da Lei das Estatais, o que atribui à empresa a qualidade de estatal é a titularidade da maioria, quando não da totalidade, do seu capital votante por entidades estatais: pessoas político-administrativas, autarquias, fundações estatais de direito público, fundações estatais de direito privado, empresas públicas ou sociedades de economia mista. Nestes casos, tem-se uma empresa sob controle estatal.

Ocorre que o § 6º do art. 1º da Lei das Estatais assim dispôs: “submete-se ao regime previsto nesta lei a sociedade, inclusive a de propósito específico, que seja controlada por empresa pública ou sociedade de economia mista abrangidas no *caput*”. O que significa, neste preceito, a expressão *sociedade controlada*? Pode haver empresa estatal cujo controle estatal independa da maioria dos votos?

Desde pelo menos o Decreto-Lei nº 200, de 1967, art. 5º, II e III, cujos preceitos coincidem com os da atual Lei das Estatais, o critério da necessidade de *maioria estatal* no capital votante vem sendo adotado em caráter geral para identificar as empresas estatais e sujeitá-las ao bloco normativo estatal.¹² Assim, o natural é entender que, para fins do § 6º do art. 1º da Lei das Estatais, sociedade controlada é aquela em que uma entidade estatal detiver a maioria do capital votante.

Esse critério se manteve em textos legais posteriores à Constituição de 1988, editados com caráter geral para a administração pública. É expressivo o art. 2º, II da Lei Complementar nº 101, de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que definiu: “empresa controlada: sociedade cuja maioria do capital com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação”.¹³

A Lei das Estatais prevê, para identificação de uma sociedade como de economia mista, que controle é o que se exerce com a maioria do capital votante. Seu art. 4º, após vincular, no *caput*, o conceito de sociedade mista ao

¹² Mesmo antes do surgimento dessa regra geral, as diversas leis ou estatutos das estatais já previam a reserva da totalidade ou maioria das ações votantes para o Estado. Ver SCHWIND, Rafael Wallbach. *O estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 100-101.

¹³ Para uma análise sobre as normas legais definidoras do que são sociedades controladas por entidade estatal, inclusive para outros fins diversos dos tratados no presente artigo, a justificar outros tipos de conceito, ver Sundfeld, Souza e Pinto, *Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação*, *op. cit.*, p. 111-122.

de maioria estatal no capital votante, no § 1º denominou a detentora desse capital como “pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista” e aludiu a “acionista controlador” e a “poder de controle”.¹⁴ O natural é que o conceito dessas expressões, que aparecem no § 1º, seja buscado no *caput*, que alude justamente à maioria de votos.

A Lei das S/A (nº 6.404, de 1976) definiu “controladora” como a “titular de direitos de voto que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores” (art. 243, § 2º).

Ao menos para o caso das empresas estatais, por conta do art. 4º da Lei das Estatais, e das leis que a antecederam, todas no mesmo sentido, faz sentido considerar que a noção de preponderância permanente, que na Lei das S/A caracteriza a controladora, esteja vinculada à titularidade da maioria dos votos.¹⁵ Se assim for — ainda que, em termos puramente lógicos, possam existir outras formas de alcançar a preponderância e de conservá-la —, elas não serão levadas em conta para caracterizar a empresa como estatal. A lei específica (a Lei das Estatais) teria sido taxativa.

Nessa linha, de modo simplificado, empresa estatal é a sociedade controlada de modo permanente e majoritário por entidade estatal.

Em outros contextos legais ou regulatórios, bem específicos, como o direito da concorrência e o direito das telecomunicações, noção mais abrangente de controle societário, concebida do ponto de vista funcional, é utilizada para considerar como controlador — ou integrante do controle — sujeito que não possui a maioria dos votos, ou sequer é acionista da empresa. É que nesses contextos a noção de controle passou por ajustes legais para proteger outras finalidades públicas.¹⁶ Mas não parece fazer sentido a transposição dessa noção abrangente para identificar as sociedades de economia mista (ou controladas pelo poder público, direta ou indiretamente) pois para isso existem regras expressas e determinadas no art. 4º da Lei das Estatais. Não sendo caso de lacuna, é inviável a analogia (art. 4º da LINDB — Decreto-Lei nº 4.657, de 1942).

¹⁴ Isso não significa que, nas sociedades mistas, o poder de controle não possa, com base em acordo de acionistas, ser em parte compartilhado entre a estatal majoritária e acionistas minoritários relevantes, como se procurou demonstrar em Sundfeld, *A participação privada nas empresas estatais*, *op. cit.* Para um panorama atual do assunto, Schwind, *O estado acionista*, *op. cit.*, p. 118 e ss.

¹⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. I, p. 363.

¹⁶ Sundfeld, *A participação privada nas empresas estatais*, *op. cit.*, p. 283-285.

É interessante lembrar o contexto histórico-normativo que, há cerca de meio século, gerou o uso da expressão “sociedade controlada por empresa pública ou sociedade mista”.

O Decreto-Lei nº 200, de 1967, adotara um conceito restrito de sociedade de economia mista, como entidade criada por lei (art. 5º, III). Em função disso, alguns doutrinadores passaram a denominar como sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Estado as demais entidades que, conquanto não criadas por lei, tivessem capital votante majoritariamente estatal. O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) veio a adotar essa solução, ao analisar a natureza do Banrio – Crédito Imobiliário S/A, cuja maioria do capital pertencia a um banco estatal (o Banrio), decidindo que ele não estava sujeito à Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro, pois a competência jurisdicional desta incluía apenas sociedades de economia mista, e não outras sociedades controladas pelo Estado.¹⁷

Em dezembro de 1976, viria a ser editada a Lei das S/A, com um capítulo para tratar das sociedades mistas (cap. XIX). O art. 235, § 2º, pareceu excluir do conceito de sociedades de economia mista as controladas de segundo grau (em diante). Após estabelecer, no *caput*, que “as sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal”, previu esta exceção: “§ 2º As companhias de que participarem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo”.

O preceito gerou perplexidade.¹⁸ Se a empresa sob controle majoritário de sociedade mista não se enquadrava, ela própria, no conceito de sociedade mista (de segundo grau ou mais), o que ela seria? Uma empresa do setor privado? Isso parecia incoerente com o critério do controle estatal majoritário, que até então se adotava (inclusive na Lei nº 6.223, de 1975, a que se fará alusão mais adiante, na parte 2) para identificar uma empresa como estatal. E também suscitava o risco de, por meio da simples criação de subsidiárias, a sociedade mista levar suas atividades para longe das normas e da fiscalização pública.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal (1ª turma), recurso extraordinário 91.035, relator Soarez Muñoz, 26 de junho de 1979.

¹⁸ Fran Martins chegou a afirmar, referindo-se ao art. 235 como um todo, “que a lei atual aumentou a confusão existente em torno da natureza das sociedades de economia mista” (MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 3, p. 193).

A solução conceitual que se procurou adotar, a partir de então, para barrar essa fuga foi entender que, mesmo não sendo sociedades mistas (caráter que lhes fora negado pelo § 2º do art. 235 da Lei das S/A), as subsidiárias de qualquer grau das sociedades mistas (isto é, as empresas sob seu controle majoritário, direto ou indireto) deveriam ser consideradas empresas estatais, podendo ser enquadradas na genérica categoria de sociedades controladas por entidade estatal.¹⁹

A Lei nº 6.525, de 1978 — a que também se fará alusão na parte 2 deste artigo —, viria a, embora sem usar a expressão (sociedades controladas), referendar de modo expresso esse entendimento. Ela reescreveu a totalidade do art. 7º da Lei nº 6.223, de 1975, e o novo *caput* do artigo reafirmou a submissão, à fiscalização pública, típica das empresas estatais, de todas as entidades de direito privado com *maioria* votante detida por “entidade da administração indireta”.

Logo, todas as subsidiárias, de qualquer grau, das empresas estatais (empresas sob seu controle majoritário), deveriam ser também consideradas empresas estatais, mesmo se não fossem chamadas de sociedades mistas.

Mas tal solução não importou em considerar como controladas do Estado — portanto, empresas estatais — as sociedades do setor privado de cujo controle uma estatal participasse de forma apenas minoritária (ou mesmo sem ser sócia). Isso porque o § 3º do art. 7º da Lei nº 6.223, de 1975 (incluído pela Lei de 1978), havia sido expresso em excluir do controle dos tribunais de contas as empresas com participação minoritária estatal.

Quando a Constituição de 1988, depois de aludir às empresas públicas, as sociedades mistas e às suas subsidiárias, considerou importante incluir no mesmo regime público as “sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público” (p.ex.: art. 37, XVII), pareceu reportar-se ao conceito de sociedades controladas que se impusera no assunto em virtude da história legislativa, o qual vinha pressupondo a titularidade da maioria do capital votante da empresa por uma entidade estatal.

O natural, portanto, parece ser a leitura do § 6º do art. 1º da Lei das Estatais no sentido de que ele não estendeu o regime das empresas estatais também a empresas do setor privado em cujo controle uma entidade estatal

¹⁹ Nesse sentido GRAU, Eros. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 102.

detiver simples participação minoritária. Assim, só se submetem a esse regime as sociedades que as empresas estatais controlem com base em participação majoritária em seu capital votante.

2. Competências do controle de contas em relação a empresas

Nesta parte 2, o artigo discute a evolução histórica da legislação e da jurisprudência de contas sobre os critérios para uma empresa ser considerada sujeita ou não ao controle externo dos tribunais de contas, bem como a compatibilidade dessa legislação e jurisprudência com as normas sobre organização administrativa discutidas na parte 1.

Esta parte 2 está dividida em três itens. Inicialmente, faz-se uma apresentação histórica geral, partindo do século XIX, do critério orgânico como balizador das competências do controle de contas no Brasil (item 2.1). Em seguida, são reconstituídas as divergências internas ao TCU, bem como os embates deste com os demais Poderes, durante as décadas de 1960 e 1970, quanto ao conceito de empresa estatal e à extensão da competência do controle de contas (item 2.2). Por fim, são analisadas as decisões mais atuais do TCU, já no regime da Constituição de 1988, sobre suas competências em caso de participação estatal em empresa do setor privado (item 2.3).

2.1. O critério orgânico e as competências do controle de contas

O ordenamento jurídico fixa a extensão da competência do controle de contas a partir de *critério geral*, previsto na Constituição, e de *hipóteses especiais*, previstas em lei.

Como critério geral, a Constituição de 1988 confere competência ao TCU para apreciar “contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta”, bem como “daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” (art. 71, II).

Assim, a atuação geral do TCU é estabelecida com base no critério *orgânico*. Sua competência abrange: sujeitos obrigados à prestação de contas, isto é, (1) entidades vinculadas, de modo estável, ao *organismo* estatal (“entidades da administração direta e indireta”); e, no âmbito dessas entidades, (2) os indivíduos que exercem funções de “administradores e demais responsáveis

por dinheiros, bens e valores públicos”; com o objetivo de, além de aplicar sanções, também responsabilizar os que (3) “derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

Quanto às hipóteses especiais, em função da Lei Orgânica do TCU, este tem competência sobre “aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei” (Lei nº 8.443, de 1992, art. 5º, VI).

É o caso dos serviços sociais autônomos (como o Senai), que, embora nunca tenham integrado organicamente a administração pública, há muitas décadas estão submetidos, por *expressa determinação de lei*, à fiscalização pelo TCU (Lei nº 2.613, de 1955, art. 11). É o caso, também, dos consórcios públicos com personalidade de direito privado, que, mesmo não integrando as administrações indiretas de nenhum dos entes consorciados (diferentemente dos consórcios de direito público, que fazem parte dessas administrações), estão sujeitos, por *expressa previsão legal*, à fiscalização dos tribunais de contas (Lei nº 11.107, de 2005, arts. 6º e 9º).

O critério orgânico, como diretriz da competência geral do TCU, remonta à própria criação do tribunal, em 1890.

O Decreto 966-A, de 1890, primeiro a prever um tribunal de contas, conferia-lhe competência para “julgar anualmente as contas de todos os responsáveis por contas, seja qual for o ministério a que pertençam” (art. 4º, § 3º). O Decreto nº 1.166, de 1892, primeira Lei Orgânica do TCU, fixou sua competência sobre “contas de todas as repartições, empregados e quaisquer outros responsáveis que, singular ou coletivamente, tiverem administrado, arrecadado ou despendido dinheiros públicos ou valores pertencentes à República” (art. 31, § 1º).

O elemento orgânico apareceu na outorga de competência sobre repartições, empregados e quaisquer outros responsáveis, independentemente do ministério a que pertencessem. E também na definição, como controlados, daqueles que estivessem incumbidos de administrar, arrecadar ou despendere valores públicos.

Na década de 1920, o critério orgânico foi reforçado pela legislação. O Decreto nº 4.536, de 1922 (com força de lei), que organizou o Código de Contabilidade da União, previu que “todos os responsáveis, de direito ou de fato, por dinheiros, valores e outros bens da União, ou pelos quais deva esta responder, ainda mesmo que residam fora do país, ficam sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas” (art. 87).

O Código buscou clarificar a figura dos “responsáveis por bens públicos”, definindo-os como “funcionários encarregados de pagamentos, arrecadação ou

guarda de dinheiros públicos ou responsáveis por quaisquer bens da União” (art. 83, *caput*). A lei determinou que “os *ministérios* enviarão ao Tribunal de Contas uma relação completa e circunstanciada de todos quantos tenham recebido, administrado, despendido ou guardado bens pertencentes à União, *discriminados os respectivos responsáveis pelas repartições a que pertencerem*” (art. 88, *caput*).

O Regulamento do Tribunal de Contas (Decreto Presidencial nº 15.770, de 1922), editado a partir do Código de Contabilidade da União, reforçando ainda o critério orgânico, previu a competência do controle de contas para “processar, julgar em única instância e rever as contas de todas as *repartições, funcionários e quaisquer responsáveis* que, singular ou coletivamente, houverem recebido, administrado, arrecadado e despendido dinheiros públicos, depósitos de terceiros ou valores e bens de qualquer espécie, inclusive em material, pertencentes à união” (art. 31, I).

O diploma que, em seguida ao Código, o regulamentou (Decreto nº 15.783, de 1922) também tratou do assunto por meio de rol não exaustivo das funções consideradas próprias desses “responsáveis por bens públicos”.²⁰ Esse Regulamento sujeitava à prestação de contas “o gestor dos dinheiros públicos e todos quantos houverem tido sob a sua guarda e administração valores e bens da União” (art. 28, I), “devendo, o que não for funcionário público, indicar ainda a causa e origem da gestão de fato e apresentar conta corrente das operações que tiver realizado” (art. 128).

O elemento orgânico ficou claro na previsão de que os responsáveis, também chamados de funcionários, pertenciam a repartições, sujeitas aos ministérios, que em conjunto compunham toda a administração pública federal.

²⁰ O art. 880 desse regulamento previa que “à prestação de contas perante o Tribunal estão sujeitos os responsáveis, como: os tesoureiros, pagadores, fiéis de armazéns, administradores de mesas de rendas, de postos fiscais, de trapiches e capatazias, de próprios e fazendas da União, os almoxarifes, os claviculários, os coletores, os comissários, cirurgiões e farmacêuticos da Armada, os agentes-compradores, os diretores de arsenais e hospitais, os mestres e contramestres das oficinas dos estabelecimentos industriais civis e militares, os capitães dos portos, os encarregados dos faróis, os tesoureiros das caixas econômicas e montes de socorro, os engenheiros dos distritos telegráficos, os administradores e agentes dos correios, estações telegráficas e de estradas de ferro custeadas pela União, os cobradores, os encarregados dos consulados e todos os outros demais responsáveis por qualquer forma compreendidos no art. 876”.

2.2. O conceito de empresa estatal e a extensão da competência do controle de contas

O presente item procura identificar como, a partir daí, o ordenamento jurídico foi adaptando a competência do TCU, pautada no critério orgânico, às transformações do aparato administrativo — notadamente com a criação, por normas estatais, e para o exercício de funções públicas, de entidades dotadas de personalidade jurídica própria. Com base na história normativa, bem como em decisões do tribunal, busca-se apontar as tensões existentes na conformação da competência do controle de contas com um Estado em transformação.

O critério orgânico havia sido moldado, inicialmente, em ambiente normativo de expressa centralização do aparato administrativo. O Código de Contabilidade da União de 1922 havia enunciado em diversas passagens seu objetivo de “centralização dos serviços de contabilidade” (p. ex., no título do capítulo I). Nesse contexto, mesmo serviços dotados de algum grau de autonomia administrativa e financeira, como os serviços industriais (Correios, Telégrafos, estradas de ferro etc.), integravam formalmente a entidade “administração central”.

Mas, a partir da década de 1930, a administração pública passou por uma série de transformações que resultaram na descentralização da máquina administrativa e, mais ainda, na diversificação, para fora dela, das formas de exercício de funções públicas. O legislador criou diversas entidades com personalidade jurídica própria, como autarquias, serviços sociais autônomos e conselhos de fiscalização profissional.

Essas novas formas de exercício da função pública trouxeram dúvidas quanto à extensão da competência do TCU. Quais dessas novas entidades estariam sujeitas à sua fiscalização? A adoção do critério orgânico de competência, associada à inexistência de legislação sistemática definindo o que seria “administração pública”, ensejou diversas controvérsias, que duraram anos e só passariam a ser sistematicamente dirimidas a partir de 1967, com a edição do Decreto-Lei nº 200.

Em 1967, o governo militar editou relevantes normas de organização administrativa. A reforma teve como principais pilares a Constituição de 1967, promulgada em 24 de janeiro, e os Decretos-Lei nº 199 e nº 200, editados em 25 de fevereiro, que tratavam, respectivamente, do funcionamento do TCU e da organização da administração federal.

A começar pela reforma da estrutura administrativa, o Decreto-Lei nº 200 instituiu uma organização para os órgãos e entes da administração pública federal, dividindo-a em “administração direta”, constituída por “serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”, e “administração indireta”, que “compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedade de economia mista”. Posteriormente, foi incluída mais uma categoria: “d) fundações públicas”.

O Decreto-Lei 200 contém definição para cada uma dessas entidades. Quanto às estatais — após a reforma de 1969, pelo Decreto-Lei nº 900 —, o diploma traz as seguintes definições:

Art. 5º. [...] II — Empresa Pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado 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.

Em relação à extensão da competência do TCU, a Constituição de 1967 previa o “julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”, estendendo ainda “as normas de fiscalização financeira e orçamentária [...] às autarquias” (art. 71, § 5º). Repetiu-se, assim, a solução da Constituição de 1946 (art. 77), que pareceu deixar fora do controle de contas os órgãos e entidades não enquadrados na administração pública ou não organizados como autarquias.

A manutenção desse modelo na Carta de 1967 não foi pacífica, gerando embate no Congresso Nacional, então no exercício de função constituinte. Tema central nas discussões sobre o TCU foi justamente a extensão de sua competência fiscalizatória sobre entidades daquilo que hoje se conhece como administração pública indireta.

O anteprojeto de Constituição, em sua seção destinada aos tribunais de contas, havia sido bastante amplo quanto à competência do TCU.²¹ Previa que “a fiscalização pelo tribunal abrange as autarquias, as entidades paraestatais,

²¹ BRASIL. Senado Federal. *Anais da Constituição de 1967*. Brasília, 1968. v. 1.

e as sociedades de economia mista cuja direção caiba à União” (art. 140, § 2º). Mas essa proposta de competência mais abrangente foi rejeitada, mantendo-se o controle do TCU apenas sobre os órgãos e as autarquias.

O Decreto-Lei nº 199, de 1967, por sua vez, editou a nova Lei Orgânica do TCU e previu a competência deste para “julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos” (art. 28) e, “quando houver expressa disposição legal, [d]os administradores das entidades da administração indireta ou de outras entidades” (art. 33, *caput*).

Assim, essa lei não previu controle amplo pelo TCU sobre as entidades da administração indireta, embora tenha facultado que leis específicas determinassem outros casos de fiscalização do órgão de contas. Tal cenário foi alvo de críticas, sobretudo apontando a falta de controle sobre as empresas estatais.²²

Mas a verdade é que a questão do controle de contas das empresas públicas já tinha sido impactada por novidades legislativas antes mesmo das reformas administrativas de 1967. A Lei nº 4.320, de 1964, que editara as regras gerais de direito financeiro, havia estendido seus comandos às entidades que hoje são nomeadas como empresas públicas, isto é, “empresas com autonomia financeira e administrativa *cujo capital pertencer, integralmente, ao Poder Público*” (art. 107, parágrafo único). A consequência lógica dessa submissão seria a incidência do controle de contas também sobre empresas públicas.

Provavelmente como reflexo disso, leis de criação de empresas públicas editadas durante o governo militar previram seu controle pelo TCU. A lei do Serpro, por exemplo, em sua redação original, de 1970, já previa que essa empresa pública “enviará, ao Tribunal de Contas, suas contas relativas ao exercício anterior, acompanhadas do relatório de atividades” (Lei nº 5.615, de 1970, art. 12, § 2º).

Diversas empresas públicas foram submetidas ao controle do TCU seguindo a lógica de hipóteses legais específicas. Contudo, o mesmo não ocorreu com as sociedades de economia mista, que em geral permaneciam fora da competência do TCU.

Em reação a isso, o TCU editou, ainda em 1967, sua Resolução nº 44, sob a justificativa de “regular a aplicação” das novas regras sobre controle

²² O apontamento é feito por SPECK, Bruno. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Konrad Adenauer, 2000. p. 72.

externo. Apesar dos termos do Decreto-Lei nº 199 — que submetera apenas as autarquias ao controle de contas, salvo outras previsões legais expressas, como as existentes para empresas públicas —, essa resolução referiu a possibilidade de o tribunal requisitar “remessa de documentos e informes pelas *entidades da administração indireta*” (art. 12).

A inovação regulamentar gerou controvérsias. Em 1970, diante da “omissão na remessa das prestações de contas de órgãos da administração indireta”, iniciou-se no TCU discussão acerca da extensão de sua competência “à luz da legislação então em vigor no tocante às empresas públicas e sociedades de economia mista”.²³

O entendimento que terminou por prevalecer foi que o TCU teria, independentemente de previsão legal específica, competência sobre todas as empresas públicas, mas não sobre sociedades de economia mista. O fundamento foi que, embora “da lei ordinária [...] não decorra a competência da corte para o julgamento das contas dos responsáveis pelas entidades da administração descentralizada, em geral”, a Constituição teria atribuído ao TCU competência sobre qualquer “responsável por bens e valores públicos”, de modo que a questão central seria “saber se o patrimônio da entidade deve ou não ser considerado bem ou valor público”. E deveria haver distinção de tratamento entre empresas públicas e sociedades mistas, uma vez que, nas sociedades mistas, “as entradas de numerário da União se aliam à participação, no capital, de ingressos de dinheiro de particulares”, o que “basta [...] para configurar a inexistência de um patrimônio caracteristicamente público”. O mesmo não ocorreria com as empresas públicas, “pois, [quanto] a essas empresas de que não podem participar recursos de particulares”, estaria “bem caracterizada a gestão de um patrimônio público, sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas”. Empresas públicas estariam, assim, sujeitas à competência fiscalizadora do TCU, enquanto para as sociedades de economia mista seriam necessárias leis especiais que o determinassem.

Apesar de a maioria dos ministros do tribunal ter sido favorável a esse entendimento, votos divergentes mostram os contornos da discussão. O ministro Vergniaud Wanderley se opôs ao controle das empresas públicas, sustentando que a competência do TCU abrangeria entidades da administração indireta apenas “quando houver expressa previsão legal”.²⁴ Assim, “não tem

²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). Processo 33.256/68, relator Vergniaud Wanderley, 7 de abril de 1970, ata 19/70.

²⁴ Esse era o texto do art. 33, *caput*, da Lei Orgânica do TCU de 1967 (Decreto-Lei nº 199).

[...] qualquer procedência” o entendimento favorável à “competência desta corte em relação aos administradores por quaisquer bens e valores públicos, até os de todas as entidades da administração indireta”.²⁵ O corpo técnico do tribunal se posicionara em sentido radicalmente oposto: defendeu que a competência do TCU alcançaria não apenas empresas públicas e sociedades mistas, mas também empresas com participação estatal minoritária. A ideia era que a “submissão de tais entidades é ditada [...] pelo interesse público revelado na sua constituição, e identificado tanto pelo seu objetivo como pela participação do Estado no seu capital, [...] irrelevante que este o detenha todo ou em parte (não há meio interesse público)”.²⁶

O entendimento vencedor — de que o TCU, embora não devesse controlar as sociedades de economia mista, teria sim competência sobre as empresas públicas, mesmo elas não tendo sido citadas no Decreto-Lei nº 199, de 1967 — importou, em alguma medida, na aplicação do critério orgânico de competência. Primeiro porque, com o Decreto-Lei nº 200, de 1967, as empresas públicas foram formalmente entendidas como integrantes do organismo estatal. Além disso, porque, na prática, as empresas públicas federais, além de criadas a partir da integralização de capital pela União, vinham recebendo repasses de valores via orçamento público. Desse modo, pareceu plausível o entendimento de que a administração de empresas públicas (parte orgânica do Estado) envolveria funções de gestão de recursos públicos.

Em 1973, o TCU consolidou em súmula esse entendimento majoritário — de que, independentemente de lei expressa, ele teria competência sobre empresas públicas, mas não sobre sociedades de economia mista. A Súmula 5 previu que “as sociedades de economia mista, salvo disposição expressa em lei, não estão sujeitas à prestação de contas”. Já a Súmula 6 estabeleceu que “as empresas públicas estão sujeitas à prestação de contas da gestão anual de seus administradores, [...] independentemente de dispositivo de lei ordinária que o estabeleça”.

Assim, ao menos dentro do próprio TCU, pareceu pacificada a controvérsia acerca da extensão de sua competência sobre empresas estatais. Mas nos anos seguintes o tema ganhou novo fôlego diante das discussões no Poder Legislativo.

²⁵ É a posição do relator no processo 33.256/68, *op. cit.*

²⁶ Essa era a posição defendida pelo corpo técnico do TCU no âmbito do processo 33.256/68, *op. cit.*

O Congresso Nacional também reagiu às reformas de 1967. Foi proposto, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 8, de 1972, que, segundo sua ementa, disciplinava a “forma de fiscalização financeira, pelo Congresso Nacional, dos órgãos da administração pública”. O projeto previa, por exemplo, que o Congresso poderia

requisitar do Tribunal de Contas da União cópia de informações, pareceres, documentos, dados, análises e outros elementos que, ao tribunal, devam ser prestados ou fornecidos pelos órgãos ou unidades administrativas federais, assim como pelas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. [art. 1º]

Prevvia, ainda, que o Congresso poderia determinar ao TCU “a realização de inspeções ordinárias ou extraordinárias em qualquer dos órgãos ou unidades e demais entidades” (art. 2º).

O projeto chegou a ser aprovado no Senado, em 1973, mas ficou alguns anos parado até que fosse analisado pela Câmara dos Deputados, ocasião em que se propôs texto que acabou convertido na Lei nº 6.223, de 1975:

Art. 7º. As entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, cujo capital pertença, exclusiva ou majoritariamente à União, a Estado, ao Distrito Federal, a Município ou a qualquer entidade da respectiva administração indireta, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo.

Essa norma resolveu de modo expresse três questões, com efeito geral para tribunais de contas das várias esferas da Federação, fazendo-o em coerência com o Decreto-Lei nº 200, de 1967. Primeiro, formalizou o controle externo de contas sobre empresas públicas, nos moldes em que o TCU já realizava. Segundo, atribuiu aos tribunais de contas o controle externo também das sociedades de economia mista. Terceiro, reafirmou, com caráter geral também para estados e municípios, o critério de identificação das sociedades de economia mista: o capital estatal majoritário.

A edição dessa lei desencadeou logo no ano seguinte novas controvérsias dentro do TCU, quanto à extensão de sua competência sobre as subsidiárias das empresas estatais, bem como sobre empresas do setor privado com participação estatal minoritária. Surgiu aqui a primeira rebeldia do TCU. A discussão teve por origem consulta formulada pelos ministros de Telecomunicações e Minas e Energia quanto à organização dos processos

de prestação de contas das sociedades de economia mista vinculadas aos respectivos ministérios.

A dúvida central era “se, nas entidades públicas de direito privado organizadas como sociedades por ações, em que haja uma controladora, a fiscalização admitirá uma única prestação de contas, anual, desta *holding*, a qual englobará as aplicações feitas nas subsidiárias de 1º grau”.²⁷ Apesar de seu escopo específico envolver o problema de saber se as subsidiárias de 2º grau em diante estariam também sujeitas ao controle de contas, a consulta desencadeou discussão mais ampla quanto a quais agentes deveriam prestar contas ao TCU. Houve dúvida, sobretudo, acerca da possibilidade de o tribunal fiscalizar diretamente as empresas das quais o Estado participasse como acionista apenas minoritário. Dois posicionamentos se formaram no tribunal.

O primeiro sustentava como critério para o controle de contas a presença, de algum modo, de recursos de origem pública, entendendo que também as empresas com participação estatal minoritária — portanto, não integrantes da administração pública indireta — estariam sujeitas ao tribunal.²⁸ Segundo esse entendimento, a Constituição de 1969, ao fixar a jurisdição do TCU (art. 70, § 1º), “não distingue, entre os jurisdicionados, entes públicos ou privados, personalizados ou não, pessoas físicas ou jurídicas”, de modo que “o controle se legitima na só presença de recursos, bens e valores públicos”.²⁹

O segundo, que veio a ser o vencedor, acolheu o critério previsto em lei (titularidade da maioria das ações), sustentando que a jurisdição do tribunal não alcançaria empresas nas quais o poder público tivesse participação apenas minoritária.³⁰ Nesse sentido, “ocorrendo a associação de capitais privados (sociedade de economia mista), tornava-se necessária uma definição legal, como valor público, dessa combinação, para acarretar a interferência do tribunal”.³¹ E “a definição veio [...] com a Lei 6.223, de 1975, que a imbuíu do critério da titularidade da maioria das ações, estabelecendo razoável

²⁷ Ver BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). Processo 000.987/76, relator Luiz Octavio Gallotti, 15 de junho de 1976, ata 42/76.

²⁸ Tal entendimento está presente no parecer elaborado pelo MP junto ao TCU, que foi acompanhado por ministros do tribunal.

²⁹ Brasil, Processo 000.987/76, *cit.*

³⁰ Tal entendimento está presente no voto do ministro Luiz Octavio Gallotti, relator do caso, que foi acompanhado pela maioria do plenário do tribunal.

³¹ Brasil, Processo 000.987/76, *cit.*

distinção — de conteúdo e não de forma — sem afrontar [...] o princípio estatuído na Lei Máxima”.³²

O último entendimento prevaleceu, e a maioria dos ministros decidiu que “se minoritária a participação, não se configura [...] a hipótese da remessa de prestação de contas”.³³ A partir desse caso, ainda em 1976, o TCU editou a Súmula 75, buscando consolidar o entendimento vencedor:

A competência conferida ao Tribunal de Contas da União pelo art. 7º da Lei nº 6.223, de 14/07/75, não está condicionada à feição jurídica atribuída à entidade fiscalizada, nem à sua criação por lei ou por ato presidencial; tampouco, se restringe à participação acionária direta ou primária da União e entidades da sua administração indireta, compreendendo, ao invés, as chamadas subsidiárias de segundo ou terceiro grau, *mas sem obrigatoriedade de remessa das contas anuais quanto às entidades em que houver participação apenas minoritária.*

A Súmula 75 esclareceu, inicialmente, que o critério para identificação da empresa estatal não era a forma jurídica, a criação por lei ou o vínculo de 1º grau entre a sociedade e a pessoa político-administrativa (no caso, a União). Logo, também seriam consideradas estatais as entidades dos graus subsequentes, isto é, as empresas controladas majoritariamente por outra empresa que fosse controlada majoritariamente pela União, e assim por diante. Para a caracterização de uma empresa como integrante da administração pública, a participação estatal, necessariamente majoritária, poderia ser tanto direta (por meio da própria pessoa político-administrativa) como indireta (por meio das pessoas da administração indireta).

Na parte final, a súmula esclareceu ainda que a participação estatal apenas minoritária (direta ou indireta) em uma empresa não seria causa da submissão desta ao controle de contas. Reconheceu implicitamente, portanto, o caráter não estatal da empresa com participação estatal apenas minoritária.

As expressões empregadas pela súmula talvez possam ensejar dúvidas quanto à extensão da jurisdição do TCU — notadamente quando disse “mas sem obrigatoriedade de remessa das contas anuais quanto às entidades em que houver participação apenas minoritária”. Mesmo hoje há interpretação dessa súmula por autores no sentido de que a jurisdição do tribunal abarcaria sim as empresas com participação estatal minoritária, mas, nesse caso, não haveria necessidade de “remessa das contas anuais”.³⁴

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ Nesse sentido, BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. *Estado acionista minoritário e seu controle pelo Tribunal de Contas da União*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Contudo, as discussões por trás da súmula deixam claro que a posição que prevaleceu no TCU foi a de que sua jurisdição não alcançaria empresas com participação estatal apenas minoritária.³⁵ Ao que tudo indica, a referência à “remessa de contas” se deve ao próprio teor da consulta que originou toda a discussão, a qual versava sobre o procedimento de envio das contas ao TCU.

Após a edição da Súmula 75, nova controvérsia se originaria no TCU, ligada ao conceito legal de sociedade de economia mista, o que deu ensejo para que ele externasse alguma rebeldia contra as normas legais definidoras de suas competências.

A dúvida foi sobre a possibilidade de o tribunal fiscalizar empresas nas quais o poder público figurasse como detentor de exatamente metade das ações, e não da maioria do capital, como previsto em lei para a caracterização de uma sociedade mista. O caso central da controvérsia envolveu a empresa Lloyd Libra Navegação S.A., na qual os recursos públicos e os de origem particular concorriam em proporção idêntica (50%).

No plenário do TCU, houve posição sustentando que a extensão de seu controle deveria ser estabelecida, também, em vista da natureza da atividade realizada pelo ente em questão. Nesse sentido, “o comércio marítimo é matéria de inusitada relevância para o Estado, tanto que a Constituição estabelece [...] que a navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais”. Assim, “o interesse público é manifesto e há de ser levado em conta”.³⁶

Mas o que acabou por prevalecer foi outro fundamento, o qual de qualquer modo ampliou a atuação do tribunal, passando por cima do conceito legal de sociedade de economia mista como empresa com capital estatal majoritário, bem como da exigência, pelo art. 7º da Lei nº 6.223, de 1975, de capital estatal majoritário para suscitar o controle de contas. Argumentou-se: “majoritária, igual à do capital privado, ou minoritária, a participação de recursos públicos na composição acionária da entidade, em qualquer hipótese, ocorreria a obrigatoriedade da prestação de contas ao tribunal”.³⁷ Desse modo, “a entidade em causa [...] está sob jurisdição da Corte, uma vez

³⁵ Quanto à limitação, nesse caso, da jurisdição do Tribunal de Contas, na visão do STF e do TCU, ver amplamente Borges, *O controle do estado acionista minoritário pelo Tribunal de Contas da União, op. cit.*; e SILVA, Maria Hermínia Penteado Pacheco e. O controle das empresas estatais. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 315-323.

³⁶ Foi o entendimento do relator do caso. BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). Processo 039.664/76, relator Ewald Pinheiro, 30 de junho de 1977, ata 44/77.

³⁷ É o que sustenta parecer do Ministério Público junto ao TCU, *ibid.*

que há recursos públicos compondo seu capital social, [sendo] indiferente [...] o percentual da participação acionária realizada com tais recursos”. A racionalidade desse entendimento, em confronto com as leis, seria que a “natureza pública dos recursos, e não sua expressão aritmética, que renderia ensejo à ação de controle da Corte, fazendo seus jurisdicionados os agentes que os manipulassem, qualquer que fosse a feição jurídica das organizações-meio que os aplicassem”.

Ao fim, por maioria de votos, o tribunal decidiu, “em caráter normativo”, que “se encontram também sujeitas à fiscalização financeira do TCU as entidades públicas, com personalidade jurídica de direito privado, em que haja participação igualitária da União”. O único voto dissidente sustentou que a Lei nº 6.223, de 1975, teria excluído expressamente da jurisdição do TCU a empresa com participação estatal igual à de privado.

Essa decisão rebelde do controlador de contas desencadeou reação do Executivo, que encaminhou ao Congresso Nacional a Mensagem Presidencial nº 1, de 1978, propondo alterações à Lei nº 6.223. A principal alteração seria a inclusão do seguinte dispositivo:

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

O tema geraria intensos debates no Legislativo. Em apoio à proposta, o relator do projeto na Comissão Mista fez crítica direta à decisão do TCU: “segundo interpretação dessa corte, a mera participação igualitária de capital da União com o capital privado seria suficiente para submeter ao controle da gestão financeira e orçamentária pelo tribunal de contas e pelo Congresso Nacional”, do que “resulta inequívoca a distorção dos objetivos a que se propõe a legislação vigente pelas autoridades aplicadoras”.

Mas, em reação à mensagem presidencial, foi proposta emenda que, indo muito além do que decidira o TCU, buscava estender a competência dos tribunais de contas a todas “pessoas jurídicas de direito privado [...] de cujo capital participe a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município ou qualquer entidade da respectiva administração indireta”.³⁸ Os partidários dessa

³⁸ É o teor da Emenda 1, proposta pelo senador Itamar Franco (BRASIL. Congresso Nacional. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, ano XXXIII, n. 21, p. 881 e ss., 4 abr. 1978).

proposta argumentaram de modo expresso que a mensagem presidencial “subtrai da fiscalização do controle de contas todas as empresas nas quais o Estado possui participação paritária ou minoritária de ações ordinárias”, bem como “as entidades de direito privado nas quais o Estado participa com ações preferenciais, ainda que esta participação seja majoritária em termos de capital social”.

Por fim, prevaleceu no Congresso posição favorável à proposta enviada pelo presidente da República, e em 1978 foi promulgada a Lei nº 6.525, que deu nova redação ao art. 7º da Lei nº 6.223, de 1975, focalizando a atuação do controle de contas apenas nas entidades cuja totalidade ou maioria das ações ordinárias estivesse nas mãos da administração indireta, e isentando expressamente desse controle as empresas em que a ela detivesse somente a metade ou a minoria das ações ordinárias:

Art. 7º — As entidades com personalidade jurídica de direito privado, de cujo capital a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município ou qualquer entidade da respectiva administração indireta seja detentor da *totalidade ou da maioria das ações ordinárias*, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo.

§ 1º — A fiscalização prevista neste artigo respeitará as peculiaridades de funcionamento da entidade, limitando-se a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos, e levará em conta os seus objetivos, natureza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia.

§ 2º — É vedada a imposição de normas não previstas na legislação geral ou específica.

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

Desse modo, a resposta legislativa desautorizou o movimento rebelde que havia sido feito pelo TCU para ampliar sua competência e reafirmou o critério orgânico, na forma em que havia sido estabelecido pelo Decreto-Lei nº 200, de 1967: não é sociedade de economia mista — e, por isso, não integra a administração pública indireta — a empresa em que a participação estatal no capital votante seja igual ou inferior à dos acionistas não estatais.

À época dessa resposta legislativa, tal critério já havia sido afirmado pelo legislador em 1975 (na lei geral sobre fiscalização financeira e orçamentária)

e, como visto na parte 1 deste artigo, reafirmado em 1976 (na Lei das S/A). Após a Constituição de 1988, ele seria mantido em 2000 (na Lei de Responsabilidade Fiscal) e em 2016 (na Lei das Estatais).

2.3. Entendimento atual do TCU sobre a extensão de suas competências quanto às participações estatais em empresas do setor privado

De modo geral, o TCU vem sendo coerente na aplicação da ideia de que, em casos envolvendo empresa privada com participação estatal apenas minoritária, sua fiscalização não incidirá diretamente sobre a empresa privada, mas apenas sobre os atos da entidade estatal acionista.³⁹

É verdade que os termos de algumas manifestações do TCU sugerem que ele se considera competente para controlar diretamente mesmo as sociedades privadas com participação estatal minoritária.⁴⁰ No entanto, mesmo nesses casos, o tribunal tem tido o cuidado de não expedir determinações diretas para as sociedades privadas, dirigindo-se sempre, como é correto, à empresa

³⁹ Por exemplo, em caso envolvendo participação minoritária da estatal Imbel na empresa Engesa, o plenário do tribunal qualificou esta última como “sociedade por ações, entidade privada, e, portanto, não alcançada por este TCU”, e limitou o exame somente às operações que resultaram na sua constituição, pois envolviam atos da própria empresa estatal (BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). Decisão 220/2000, relator Guilherme Palmeira, 05 de abril de 2000).

⁴⁰ Servem de exemplos os seguintes acórdãos proferidos pelo plenário do TCU: 2609/2011, relator Aroldo Cedraz, 28 de novembro de 2011 (que parece querer reinterpretar a Súmula TCU 75); 1344/2015, relator André Carvalho, 3 de junho de 2015 (revisto, após a edição da Lei das Estatais, pelo 1226/2018, relator Benjamin Zymler, 30 de maio de 2018, adiante referido); e o 2616/2018, relator José Múcio Monteiro, 20 de setembro de 2018 (que, com alusão genérica à competência constitucional do TCU, defende a fiscalização direta sobre sociedades em que haja participação estatal minoritária, mas escolhidas segundo critérios *ad hoc*, para cada caso — item 23).

Em caso de 2022, o plenário do TCU novamente proferiria decisão em que os fundamentos do voto do relator contrariam a Súmula 75 (acórdão 2706/2022, relator Bruno Dantas, 7 de dezembro de 2022). O relator sustentou que, “configurada a existência de controle material em determinada parceria (influência dominante), essas entidades sujeitar-se-ão aos princípios a que se submete a administração pública, assim como à fiscalização pelos órgãos de controle”. Na parte dispositiva, o acórdão determinou comunicação às empresas estatais de que “o conceito de controle material estabelecido no art. 116, c/c art. 243, § 2º, da Lei 6.404/1976, deve ser aplicado às subsidiárias, inclusive joint ventures, firmadas por meio de parcerias estratégicas com o setor privado, com o objetivo de verificar a existência de poder de controle do ente estatal, mesmo que compartilhado”. Apesar disso tudo, ao final o acórdão não veiculou comandos à empresa do setor privado em que havia participação estatal.

estatal que participa de seu capital.⁴¹ Assim, o tribunal sugere não estar realmente convicto de que tenha jurisdição sobre essas empresas privadas, as quais ele também não classifica formalmente como empresas estatais.

Em 2015, o TCU proferiu acórdão⁴² determinando a observância de normas de natureza pública (de licitação, contratação e orçamentárias) em empreendimentos de empresas sem qualquer participação estatal, mas que, no entender do tribunal, seriam “sociedades empresárias controladas, de fato, direta ou indiretamente”, por empresa estatal,⁴³ em função de “vínculos fáticos que identifiquem a predominância do interesse e do controle pela empresa estatal, caracterizando relação em que a sociedade de propósito específico figure na condição de mera controlada, independente de formalização jurídica”.⁴⁴

Na fundamentação, o acórdão invocou o § 6º do art. 1º da Lei das Estatais, segundo o qual estão sujeitas a esta lei as “sociedades controladas” por empresa pública ou sociedades de economia mista.

Ao se utilizar da noção de controlada de fato, teria o TCU introduzido uma mutação legal para, em caráter geral, revendo a Súmula 75, desvincular o conceito jurídico de empresa estatal do requisito tradicional (hoje no art. 4º da Lei das Estatais), ou seja, da exigência de controle estatal baseado na maioria do capital votante? Teria sido reconhecida a existência de subsidiárias de fato de empresas estatais, mesmo sem a presença de participação societária?

O texto da parte dispositiva do acórdão, usando conceito indeterminado — o de sociedade sujeita a controle estatal de fato, como abrangida pelo § 6º do art. 1º da Lei das Estatais —, realmente o sugere. Mas a análise da *ratio decidendi*, a partir das características do caso, demonstra que não é assim.

O TCU constatara que, em função de uma cadeia de contratos, certo gasoduto, embora formalmente pertencesse a sociedade privada (sem participação estatal e de propósito específico — SPE), de fato era um empreendimento

⁴¹ É o que mostra Jéssica Suruagy Amaral Borges, a partir de levantamento de todos os acórdãos do TCU sobre o tema entre 1992 e 2018 (Borges, *Estado acionista minoritário e seu controle pelo Tribunal de Contas da União*, op. cit., p. 97 e s.). Ademais, em nenhum dos acórdãos proferidos pelo plenário do TCU após esse período se localizou determinação dirigida à própria empresa privada. Confira-se (para além do 2706/2022, cit.): 494/2019, relator Vital do Rêgo, 13 de março de 2019; 1616/2019, relator Marcos Bemquerer, 10 de julho de 2017; 1272/2019, relator Raimundo Carreiro, 5 de junho de 2019; 1177/2019, relator Marcos Bemquerer, 22 de maio de 2019; e 1333/2022, relator Vital do Rêgo, 8 de junho de 2022.

⁴² Brasil, *Acórdão 1344/2015*, cit.; revisto, após a edição da Lei das Estatais, por *id.*, *Acórdão 1226/2018*, cit.

⁴³ Item 9.1.1.2, revisto pelo acórdão 1226/2018, cit.

⁴⁴ Item 9.1.1.

totalmente controlado por uma empresa estatal, por meio de seus próprios agentes. A estatal não fizera apenas a modelagem e estruturação financeira inicial do projeto financeiro e de engenharia. Mesmo após o envolvimento formal da SPE, a estatal também ficara incumbida de selecionar a empreiteira responsável pelas obras e por gerenciar toda a construção. A SPE não tinha atuação real quanto a isso, apenas formalizava os pagamentos, sob as ordens da estatal. Ainda, o gasoduto se destinava ao uso da estatal. Em suma, o TCU constatou que, de fato e em tudo, o empreendimento era da empresa estatal, que o administrava em sua integralidade, por meio de seus próprios agentes. A SPE funcionava como simples veículo, sem autonomia real.

Ocorre que, se um empreendimento é da empresa estatal, de fato e em tudo, deve ser implantado e administrado por seus agentes com observância das regras de direito público que os vinculam, em especial as de licitação e contratação pública.

Levando isso em conta, o tribunal, mesmo não o dizendo, recorreu à ideia de negócio jurídico simulado, que aparenta conferir direito a pessoa diversa daquela à qual realmente se confere (Código Civil, art. 167, § 1º, I), para concluir pela irregularidade. E, ao invés de determinar a invalidação do negócio, optou por deixá-lo subsistir com a configuração que se quis dissimular, isto é, a configuração de contrato da própria empresa estatal, não da empresa privada (opção admitida pelo *caput* do art. 167 do Código Civil).

Assim, essa decisão do TCU não tem propriamente a ver com o problema do conceito de controle societário (se necessariamente majoritário, ou também apenas minoritário) para fins de caracterização de uma sociedade como empresa estatal. Tem, isto sim, a ver com o do conceito de contrato de empresa estatal, submetido ao regime de licitação e contratação que lhe é próprio. É relevante observar que, no caso, o TCU não expediu qualquer determinação à SPE, mas sim à empresa estatal. Portanto, em verdade a SPE não foi considerada subsidiária de fato da estatal, figura jurídica que não existe.

A orientação jurídica de caráter geral que se extrai desse acórdão do TCU é apenas que se deve considerar como contrato de empresa estatal o contrato de obras que, embora formalmente celebrado por empresa privada, seja controlado, de fato e em tudo, pela estatal, cuja atuação se tenha buscado dissimular. Embora a situação justificasse a utilização da ideia de controle de fato, tratava-se de controle de fato (pela estatal) da contratação (da empresa privada), de modo que o TCU foi impreciso ao invocar, como fundamento de suas determinações, o § 6º do art. 1º da Lei das Estatais, sugerindo que estaria considerando a própria SPE como controlada de fato, como uma empresa

estatal de fato. Em verdade não o fez pois, como destacado, nada determinou aos agentes privados da SPE.

A constatação, assim, é que o TCU, embora ensaiando alguma rebeldia retórica, se mantém fiel aos conceitos legais vigentes (Decreto-Lei nº 200, de 1967; Lei nº 6.223, de 1975; Lei das S/A, de 1976; Lei de Responsabilidade Fiscal, de 2000; e Lei das Estatais, de 2016) e também à sua Súmula 75, para considerar sociedades de economia mista, sujeitas a seu controle direto, apenas as empresas em que a participação estatal no capital votante seja majoritária.

3. Conclusão

A reconstrução histórica da evolução da legislação administrativa e da jurisprudência de contas no Brasil, no tocante às possibilidades e limites de controle sobre empresas, mostra o desafio de se conciliar uma competência de contas estável e uma administração pública em constante transformação.

A fórmula geral implementada pelo legislador nacional, e mantida já há muitas décadas, é aquela da competência de contas com base no *critério orgânico*. O modelo foi testado de modo especialmente intenso a partir da proliferação das empresas estatais, bem como da participação minoritária do Estado em empresas privadas.

A constatação da pesquisa é que, a despeito das insuficiências e divergências havidas no decorrer dos anos, bem como de alguma flutuação retórica, tem prevalecido, na legislação e na jurisprudência de contas, o critério de considerar excluídas, tanto da administração pública indireta como do controle de contas, as empresas em cujo capital ou controle haja participação estatal não majoritária, as quais se configuram juridicamente como empresas do setor privado.

Contudo, a consolidação da organização administrativa por meio do Decreto-Lei nº 200, de 1969, e a delimitação da competência do TCU (sobre empresas públicas e sociedades de economia mista) por meio da Lei nº 6.223, de 1975, parecem não ter sido suficientes para estabilizar a competência de contas — com o TCU dando sinais de expansão em relação às empresas participadas de modo minoritário pelo Estado.

Nesse cenário, sobreveio a Lei nº 6.525, de 1978, afastando expressamente da competência de contas as empresas privadas das quais o Estado detenha metade ou a minoria das ações ordinárias. É norma que veda de modo expresso a extensão da competência de contas em relação a empresas com

participação estatal minoritária. Como constatado no artigo, essa vedação vem sendo observada na prática — não obstante acenos retóricos do TCU no sentido de que teria competência direta sobre empresas com participação estatal minoritária.

A constatação não é trivial, já que, em outros âmbitos, nos quais as leis não estabeleceram regras de competência negativas de modo expresso, o TCU tende a expandir com mais desenvoltura sua atuação, buscando alcançar entidades não inseridas organicamente na administração pública. É o caso das entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas por entes estatais, em especial empresas estatais (como o Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos — Postalís).⁴⁵

Assim, a experiência histórica brasileira quanto à conformação do controle de contas sobre as diferentes formas de atuação do Estado parece sugerir que, para além da definição de regras positivas de competência, vedações legais expressas podem ser o melhor caminho para a estabilidade e previsibilidade.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BEDONE, Igor Volpato. *Empresas estatais e seu regime jurídico*. Salvador: Juspodivm, 2019.

BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. *Estado acionista minoritário e seu controle pelo Tribunal de Contas da União*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, ano XXXIII, n. 21, 1978. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1978/Livro%203.pdf. Acesso em: 8 mai. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Anais da Constituição de 1967*. Brasília: 1968. v. 1. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%201.pdf. Acesso em: 8 maio 2023.

⁴⁵ Sobre o tema, ver SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Tribunais de Contas e entidades fechadas de previdência. *Interesse Público*, n. 132, p. 151-172, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). *Recurso extraordinário 91.035*. Relator Soarez Muñoz. 26 de junho de 1979. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=184669>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Acórdão 1177/2019*. Relator Marcos Bemquerer. 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1177%252F2019/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Acórdão 1226/2018*. Relator Benjamin Zymler. 30 de maio de 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25201226%252F2018/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Acórdão 1272/2019*. Relator Raimundo Carreiro. 5 de junho de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1272%252F2019/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Acórdão 1333/2022*. Relator Vital do Rêgo. 8 de junho de 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1333%252F2022%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Acórdão 1344/2015*. Relator André Luís Carvalho. 3 de junho de 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1344%252F2015/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Acórdão 1344/2015*. Relator André Carvalho. 3 de junho de 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25201344%252F2015/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Acórdão 1616/2019*. Relator Marcos Bemquerer. 10 de julho de 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1616%252F2019/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Acórdão 2609/2011*. Relator Aroldo Cedraz. 28 de novembro de 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25202609%252F2011/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Acórdão 2616/2018*. Relator José Múcio Monteiro. 20 de setembro de 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2616%252F2018/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Acórdão 2706/2022*. Relator Bruno Dantas. 7 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25202706%252F2022/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 de maio de 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Acórdão 494/2019*. Relator Vital do Rêgo. 13 de março de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/494%252F2019/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Decisão 220/2000*. Relator Guilherme Palmeira. 5 de abril de 2000. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/220%252F2000/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Processo 000.987/76*. Relator Luiz Octavio Gallotti. 15 de junho de 1976. Ata 42/76. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/sesoes/sesoes-pautas-e-atas/atas/>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Processo 024.416/75*. Relator José Antônio Macedo. 16 de agosto de 1979. Ata 56/79. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/sesoes/sesoes-pautas-e-atas/atas/>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Processo 037.902/74*. Relator Gilberto Monteiro Pessôa. 03 de abril de 1979. Ata 20/79. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/sesoes/sesoes-pautas-e-atas/atas/>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Processo 039.664/76*. Relator Ewald Pinheiro. 30 de junho de 1977. Ata 44/77. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/sesoes/sesoes-pautas-e-atas/atas/>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Processo 042.911/76*. Relator Baptista Ramos. 27 de abril de 1978. Ata 27/78. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/sesoes/sesoes-pautas-e-atas/atas/>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Processo 26.327/74*. Relator Ewald Pinheiro. 28 de janeiro de 1975. Ata 4/75. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/sesoes/sesoes-pautas-e-atas/atas/>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (plenário). *Processo 33.256/68*. Relator Vergniaud Wanderley. 07 de abril de 1970. Ata 19/70. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/sesoes/sesoes-pautas-e-atas/atas/>. Acesso em: 8 maio 2023.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. I.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 3.

ENTERRÍA, García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

GRAU, Eros. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária em empresas privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39-57.

MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 3.

MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *O estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017.

SILVA, Maria Hermínia Penteado Pacheco e. O controle das empresas estatais. In: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 313-345.

SPECK, Bruno. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Konrad Adenauer, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. 264-285.

SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 55-65.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Tribunais de Contas e entidades fechadas de previdência. *Interesse Público*, n. 132, p. 151-172, 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 102-129.