

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**ANTONIO PEDRO DA COSTA**

**SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – CONFLITO DE INTERESSES  
ENTRE O ESTADO E OS ACIONISTAS MINORITÁRIOS**

**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

**São Paulo  
2016**

**ANTONIO PEDRO DA COSTA**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**  
**Sociedade de Economia Mista – Conflito de Interesses entre o Estado e os**  
**Acionistas Minoritários**

Monografia de Conclusão do Curso de  
Especialização em Direito  
Administrativo, para obtenção do título  
de Especialista em Direito Administrativo  
pela Faculdade de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo

**Orientador: Prof. Dr. Alexandre Levin**

**São Paulo**  
**2016**

## SUMÁRIO

RESUMO .....	6
ABSTRACT .....	7
1. Introdução .....	8
2. Breve Histórico.....	11
2.1. Sociedades Anônimas.....	11
2.2. Atividade Empresarial do Estado.....	12
2.3. Conflitos de Interesses nas Sociedades Anônimas .....	14
3. A Ordem Econômica na Constituição de 1988.....	17
3.1. Fundamentos .....	17
3.2. Princípios .....	19
3.3. Atuação do Estado na Ordem Econômica .....	21
3.3.1. Agente Regulador.....	21
3.3.2. Atividade Econômica.....	22
4. Atividade Econômica do Estado .....	25
4.1. Limites da Atividade Econômica do Estado .....	25
4.1.1. Segurança Nacional .....	26
4.1.2 Relevante Interesse Coletivo .....	26
4.1.3. Monopólio Estatal .....	29
4.2. Serviços Públicos .....	31
4.2.1. Conceito .....	31
4.2.2. Princípios .....	34
4.2.3. Titularidade .....	38
4.3. Concessão de Serviço Público .....	39

4.3.1. Conceito.....	39
4.3.2. Autorização Legal e Licitação Pública.....	42
4.3.3. Regime Jurídico.....	43
5. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.....	45
5.1. Evolução.....	45
5.2. Conceito.....	47
5.3. Regime Jurídico.....	49
6. Características das Sociedades de Economia Mista.....	55
6.1. Autorização Legislativa para Criação de Empresas Estatais.....	55
6.2. Constituição como Sociedades Anônimas.....	58
6.2.1. Legislação Aplicável às Sociedades de Economia Mista.....	58
6.2.2. Constituição e Aquisição de Controle.....	59
6.2.3. Objeto Social.....	60
6.2.4. Acionista Controlador.....	61
6.2.5. Conselho de Administração – Deveres dos Administradores.....	63
6.2.6. Conselho Fiscal.....	65
6.2.7. Falência de Sociedade de Economia Mista.....	65
6.3. Controle Acionário e Gestão do Estado.....	66
7. Conflitos de Interesse entre o Acionista Controlador e os Acionistas Minoritários na Sociedade de Economia Mista.....	70
7.1. Natureza Jurídica da Sociedade Anônima.....	70
7.1.1. Contratualismo.....	70
7.1.2. Institucionalismo.....	71
7.1.3. Teoria Organizativa.....	72
7.1.4. Posição do Direito Societário Brasileiro.....	73
7.2. Os conflitos de interesses nas sociedades anônimas privadas.....	74
7.3. Lucro vs. Interesse Público na Sociedade de Economia Mista.....	76
8. CONCLUSÕES.....	84

APÊNDICE A – O CASO PETROBRAS.....	88
A.1. INTRODUÇÃO.....	88
A.2. DESVIO DE FINALIDADE – CORRUPÇÃO.....	90
A.3. DESVIO DE FINALIDADE – ATENDIMENTO A INTERESSES PÚBLICOS SECUNDÁRIOS.....	94
A.3.1. Utilização da Petrobras para o Desenvolvimento da Indústria Naval.....	94
A.3.2. Utilização da Petrobras no Combate à Inflação.....	97
A.4. CONCLUSÃO DO APÊNDICE.....	98
BIBLIOGRAFIA.....	100

**RESUMO**

Este trabalho analisa os conflitos de interesses nas sociedades de economia mista, entre o Estado, sócio controlador, e os acionistas minoritários. Apresenta uma breve evolução histórica das sociedades de economia mista e do tratamento legal dos conflitos de interesses na administração das sociedades anônimas em geral. Analisa o tratamento legal atual, no Brasil, dos conflitos de interesses na administração dos negócios das sociedades anônimas e sua aplicabilidade às sociedades de economia mista (a) que exercem atividade econômica e (b) que prestam serviços públicos. Discute a derrogação das regras de proteção aos acionistas minoritários em face das sociedades de economia mista visarem a relevante interesse social. No Apêndice, discute-se o recente caso da Petrobras.

**ABSTRACT**

This paper analyzes the conflicts of interest in Mixed Joint Stock Corporations, between the state controlling partner and the minority shareholders . It presents a brief historical development of Mixed Joint Stock Corporations and the legal treatment of conflicts of interest in corporations' management in general. It analyzes the current legal treatment in Brazil of conflicts of interest in managing affairs of ordinary and public corporations and its applicability to Mixed Joint Stock Corporations in two different situations: (a) exercising normal economic activity and (b) providing public services. It discusses derogations from the minorities' protection rule as Mixed Joint Stock Corporations aim for relevant social interests. The Appendix discusses the recent case Petrobras.

## 1. Introdução

O objetivo deste trabalho é descrever e analisar o conflito de interesses possivelmente existente nas sociedades de economia mista, entre o acionista controlador – o Estado – e os acionistas minoritários.

O tema tem relevância tanto para o Direito Administrativo, como para o Direito Societário, pelo caráter dúplice das sociedades de economia mista, que são um importante braço de atuação estatal, ao mesmo tempo em que estão entre as maiores companhias brasileiras – veja-se, como exemplo, as repercussões econômicas do escândalo que envolveu a Petrobras.

O conflito de interesses entre o Estado (acionista controlador) e os acionistas minoritários e investidores na administração das sociedades de economia mista tem atraído a atenção de importantes doutrinadores do direito societário e empresarial brasileiro, como Modesto Carvalhosa, Nelson Eizirick, Mario Engler Pinto Junior, dentre outros.

A Lei das Sociedades Anônimas, Lei 6404, de 1976, trata do conflito de interesses entre os acionistas controladores e não controladores nos artigos 116 e 117, basicamente. No caso das sociedades de economia mista, que mereceram um capítulo à parte do diploma legal que rege as companhias, o artigo 238 estabelece a preeminência do interesse público primário que orienta a criação da sociedade.

O conflito entre o controlador estatal e o minoritário privado pode ser sintetizado na dificuldade de conciliação do interesse público que justifica a constituição da sociedade com a obtenção de lucros, que é a principal motivação dos minoritários e investidores. Uma outra vertente do conflito de interesses pode se dar entre a própria sociedade e o acionista controlador estatal, quando este orienta a sociedade para a consecução de interesses públicos secundários, deixando em segundo plano o interesse público primário que é a razão de ser da companhia.

O tema adquire relevância, também, porque em um país carente de capitais de investimento, como o Brasil, as sociedades de economia mista podem se constituir em um importante veículo de atuação, com a capacidade de captar recursos de particulares para a consecução de grandes e possivelmente rentáveis projetos, como, por exemplo, na implantação da infraestrutura necessária para viabilizar o desenvolvimento nacional.

Como abordado na seção 2 – Breve Histórico, a origem das sociedades de economia mista se confunde com a da própria sociedade anônima – foram as companhias coloniais que introduziram a forma societária que é o embrião da moderna sociedade anônima, para viabilizar os grandes projetos de conquista e desenvolvimento das colônias ultramarinas, sob o controle e a supervisão do Estado.

Na mesma Seção 2, descreve-se, de forma sumária, o percurso da atividade empresarial do Estado, desde a grande expansão verificada no início do século passado – para atender à crescente demanda por serviços públicos – até o declínio que se verificou nos anos do neoliberalismo – com grandes movimentos de privatizações - e seu parcial ressurgimento, no Brasil, após a crise de 2008, como forma de mobilizar capitais privados que participassem do processo de investimento em infraestrutura.

A Seção 3 analisa a ordem econômica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, conceito, princípios e, em especial, aborda os diversos significados atribuídos pela doutrina para a expressão da atividade econômica.

Em sequência, a Seção 4 – a mais extensa deste trabalho – aborda os pressupostos e a forma da atividade econômica do Estado em suas duas grandes vertentes: a prestação de serviço público e o exercício de atividade econômica em sentido estrito – a produção, distribuição e comercialização de produtos comerciais e industriais e a prestação de serviços econômicos. Esta Seção, portanto, estuda o tema amplo e complexo da prestação e concessão de serviço público. Dado o escopo do trabalho, mais ligado ao relacionamento entre os acionistas do que às atividades exercidas pela sociedade, o tema é desenvolvido de forma sintética e para que se possa compreender as diferenças do regime jurídico das sociedades de economia mista que prestam serviço público das companhias que exercem atividade econômica em sentido estrito.

O tópico das empresas públicas e as sociedades de economia mista – sua evolução no tempo, seu conceito e os respectivos regimes jurídicos – é desenvolvido

na Seção 5, com especial ênfase na personalidade de direito privado dessas sociedades e no importante influxo sobre elas de normas de Direito Público, que caracterizam o regime jurídico híbrido dessas empresas estatais.

A Seção 6 descreve e analisa as três características principais das sociedades de economia mista: a necessidade de autorização legislativa para sua criação, sua constituição na forma de sociedade anônima e o controle acionário estatal.

Por fim, a Seção 7 trata dos conflitos de interesse entre o acionista controlador e os acionistas minoritários na sociedade de economia mista. Para tanto, examina primeiramente a natureza jurídica das sociedades anônimas, com referência às três principais correntes doutrinárias existentes – o contratualismo, o institucionalismo e a teoria organizativa – e o posicionamento do Direito Brasileiro a respeito. Em seguida, são avaliados os conflitos de interesses nas sociedades anônimas privadas e, por fim, aborda-se como a sociedade de economia mista pode conciliar o interesse público, que norteia sua criação e funcionamento, com o objetivo de lucro dos acionistas privados.

Na Seção 8 são apresentadas as conclusões deste trabalho.

No Apêndice, analisam-se brevemente os recentes acontecimentos da Petrobras, apontando-se os principais conflitos existentes entre a administração da sociedade, os acionistas minoritários e investidores e o acionista controlador, com ênfase no desvio de finalidade da empresa, seja pela corrupção de seus gestores, seja pela utilização da companhia para o atingimento de interesses secundários do acionista controlador. As possíveis consequências danosas para a Petrobras são mencionadas em conclusão específica para o apêndice.

## 2. Breve Histórico

### 2.1. Sociedades Anônimas

É possível identificar as origens da sociedade de economia mista e das estruturas societárias das sociedades anônimas nas companhias colonizadoras, tendo a primeira delas, a Companhia das Índias Orientais, sido fundada em 20 de março de 1602, na Holanda.

A nova companhia aproveitou as sociedades marítimas já existentes, constituindo-se pela fusão de oito desses consórcios de armadores (*Rheederen*), porém admitindo o ingresso de todos que assim o desejassem, objetivando a participação de “todos os habitantes das Províncias Unidas”<sup>1</sup>. Os títulos representativos dessas participações poderiam ser livremente negociados no mercado.

A Companhia das Índias Orientais foi constituída por ato governamental, que lhe conferiu grandes privilégios, e seus estatutos isentavam de responsabilidade os acionistas, e, embora suas disposições fossem ambíguas em relação aos administradores, “já então estava quase caracterizada a separação dos patrimônios dos sócios e dos administradores da empresa”<sup>2</sup>.

Outras companhias colonizadoras se seguiram, com características similares, constituídas nas demais potências mercantilistas europeias. “Eram todas companhias com a participação dominante do Estado, titulares de monopólios e outros privilégios, que tinham por objeto realizar empreendimentos coletivos, de interesse vital para o estado que as criara”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A., 1º Volume.3ª Edição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pág. 33.

<sup>2</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Idem*, pág. 35.

<sup>3</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Idem, ibidem*.

Embora o embrião das sociedades anônimas se encontre nessas empresas colonizadoras, que perseguiram primordialmente interesses dos Estados, o regime legal do novo tipo societário evoluiu para permitir a reunião dos capitais privados que financiaram a economia de mercado e o desenvolvimento econômico capitalista que se seguiu à Revolução Industrial.

Para mobilizar capitais, nos volumes e nas condições que o exigiam a competição a que estavam sujeitos, e os grandes empreendimentos que ora se tonavam possíveis (estradas de ferro, indústrias, navegação a vapor, a construção de grandes canais, etc.), voltaram-se os empresários para aquela “máquina”, que começara a ser montada pelos Estados na época mercantilista, e que a eles servira tão bem. Passaram, por isso, a reivindicar acesso ao instituto que já se evidenciara tão eficaz na captação da poupança pública. A conquista dessa liberdade de acesso do empresário à forma da sociedade por ações assinala nova fase na vida do instituto.<sup>4</sup>

O estatuto jurídico das sociedades anônimas não cessou de evoluir, desde que o Código de Comércio Francês, de 1807, primeiro as institucionalizou, abolindo a necessidade de lei especial para sua constituição e permitindo o acesso do empresário comum à forma anônima de emissão de ações.

## 2.2. Atividade Empresarial do Estado

Ausente da atividade econômica durante o Estado Liberal Capitalista, o Estado volta a empreender no campo empresarial a partir do início do século passado.

Foram vários os motivos que levaram ao ressurgimento da intervenção estatal no campo econômico: (i) no final do Século XIX e no início do Século XX, a necessidade de prover as crescentes populações urbanas de serviços públicos essenciais (água, saneamento, energia e transporte); (ii) a partir da deflagração da Primeira Guerra e até o final da Segunda Guerra Mundial, a necessidade de manter o esforço bélico e, (iii) por décadas após o final da Segunda Grande Guerra, os imperativos decorrentes do esforço de reconstrução; (iv) no período entre guerras, como resposta à crise financeira iniciada em 1929<sup>5</sup>.

No Brasil, não obstante experiências isoladas, como a criação do Banco do Brasil em 1808, “o ativismo do Estado brasileiro no campo econômico adquire

<sup>4</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Op. Cit.*, pág. 51

<sup>5</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal. Função Econômica e Dilemas Societários*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013, págs. 10 e 11.

dimensão mais ampla e estruturada a partir da década de 40<sup>6</sup>, como forma de promover o desenvolvimento nacional:

A ideologia reinante no período 1930-1945 (primeiro governo da Getúlio Vargas) pregava o nacionalismo econômico como forma de conquistar a emancipação do país em face dos interesses externos. Nesse contexto, adquire relevância estratégica o investimento estatal na indústria de base, especialmente nos setores que já contavam com a presença de capital estrangeiro<sup>7</sup>.

Os governos militares, especialmente de 1968 a 1974, voltam a estimular fortemente a atividade empresarial do Estado, explicada, segundo Mario Engler Pinto Junior, pelos seguintes fatores: “(i) a reforma administrativa implementada pelo Decreto-lei nº 200/67; (ii) a demanda crescente por infraestrutura básica, notadamente nos setores de eletricidade e telecomunicações, em que o Estado já era o único fornecedor; (iii) a diversificação e expansão das atividades da Petrobras e da Companhia Vale do Rio Doce, mediante a constituição de subsidiárias e formação de composições societárias com empresas privadas”<sup>8</sup>. Este ciclo de expansão da atividade empresarial do Estado brasileiro se encerra em 1975.

No início da década de 80, seguindo as tendências liberalizantes iniciadas pelos governos de Margaret Thatcher (Reino Unido) e Ronald Reagan (Estados Unidos), começam a surgir no Brasil correntes advogando a desestatização da economia, mediante a privatização de empresas estatais.

Mas foi com o governo de Fernando Collor de Mello, em 1990, que o movimento em prol da privatização tomou força no cenário brasileiro, com o lançamento do Programa Nacional de Desestatização (PND), que visou à redução da dívida pública, e não o investimento em infraestrutura para a melhoria dos serviços públicos. Com o governo de Fernando Henrique Cardoso, formou-se uma nova ideia sobre a atuação do Estado na economia, com a transferência à iniciativa privada da exploração da atividade econômica e prestação de serviços públicos<sup>9</sup>.

Com a crise mundial de 2008, as empresas estatais voltaram a ser ativamente utilizadas pelo Governo Brasileiro como instrumentos de política econômica, tanto para promover investimentos contra-cíclicos em infraestrutura (por exemplo, expansão da Telebrás para atuar em Internet popular e redes estatais, Pré-

<sup>6</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 19.

<sup>7</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 33.

<sup>8</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 34.

<sup>9</sup> BONFIM, Natália Bertolo. *O Interesse Público nas Sociedades de Economia Mista*. Dissertação (Mestrado). USP: 2011, pág. 11.

Sal Petróleo S.A., etc.), seja atuando no controle de preços para redução da inflação (Petrobras, sistema Eletrobrás, etc.). Não há como afirmar, entretanto, que se está presenciando o início de um novo ciclo de estatização da economia.

### 2.3. Conflitos de Interesses nas Sociedades Anônimas

O fenômeno da concentração da atividade econômica em macro empresas, iniciado nos Estados Unidos, foi acompanhado por uma crescente dispersão acionária. Nas modernas sociedades anônimas, estando o poder desvinculado da propriedade do capital e da responsabilidade pessoal<sup>10</sup>, propicia-se a articulação de centros de interesses, muitas vezes antagônicos.

Em consequência, os legisladores das nações capitalistas, especialmente no pós-guerra, preocuparam-se com a “administração das companhias, estabelecendo regras de comportamento dos gestores e de prevenção quanto aos conflitos de interesses”<sup>11</sup>.

Para Calixto Salomão Filho, o conflito de interesses é inerente às sociedades: “o problema de conflito entre os vários interesses envolvidos pela sociedade (sócios, credores, trabalhadores, comunidade, etc.) é algo co-natural a ela mesma”<sup>12</sup>.

Nas companhias com ações negociadas no mercado de valores mobiliários, a duração por prazo superior ao da vida do empresário e o processo de crescimento contribuem para dispersar a propriedade das ações entre grande número de acionistas, cada um possuindo pequena percentagem do total.<sup>13</sup>

Essa dispersão acionária, levando, em muitos casos, ao controle gerencial das sociedades anônimas, trouxe uma crescente preocupação do legislador com a proteção das minorias, tema que não estava presente nas legislações iniciais sobre as sociedades anônimas.

Voltaram-se, por isso, as legislações no pós-guerra, para a administração das companhias, estabelecendo regras de comportamento dos gestores e de

---

<sup>10</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pág. XVI.

<sup>11</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Op. Cit.*, pág. 79.

<sup>12</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 90.

<sup>13</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, *Op. Cit.*, pág. 67.

prevenção quanto aos conflitos de interesse. E, ainda, assegurando a participação da minoria nos órgãos de administração (voto múltiplo)<sup>14</sup>.

A proteção aos minoritários abrange temas como: deveres fiduciários dos controladores e administradores, necessidade de transparência e proibição ao uso de informações privilegiadas, disciplina do acordo de acionistas, regras para criação de *joint ventures* e constituição de grupos de sociedades, etc.

A proteção aos acionistas minoritários faz parte da legislação de todos os países desenvolvidos e conta com o controle e supervisão de entidades específicas, como, no Brasil, a CVM – Comissão de Valores Mobiliários, criada pela Lei 6.385/76.

Há que se considerar, ainda, que o poder e a responsabilidade da sociedade anônima (mesmo as formadas unicamente por capitais privados) transcendem o interesse dos seus acionistas, atingindo toda a comunidade: empregados, consumidores, meio ambiente, etc.

Embora não haja consenso na doutrina sobre a extensão em que os interesses coletivos devem prevalecer sobre o interesse dos sócios, é clara a tendência de crescentemente se exigir das sociedades anônimas um comportamento consistente com a defesa dos valores humanos, sociais e ambientais:

Hoje, já não se discute nos Estados Unidos, após vários precedentes jurisprudenciais originados da guerra do Vietnã e da instalação de indústrias americanas na África do Sul, que as sociedades mercantis, enquanto pessoas jurídicas, são tão responsáveis quanto o Estado pelo respeito aos direitos individuais<sup>15</sup>.

No sistema legal brasileiro, além de estarem sujeitas ao regime geral de responsabilidade civil (artigos 186, 187 e 927 a 954 do Código Civil Brasileiro), as empresas estão sujeitas a legislação específica que as tornam responsáveis pelos danos (i) ambientais a que der causa (estando inclusive sujeitas à polêmica responsabilidade penal estabelecida pela Lei 9.605/98), (ii) a consumidores, (iii) a empregados e demais trabalhadores. Estão ainda sujeitas às normas de proteção de concorrência e de repressão à corrupção.

Não obstante, são muitas as críticas que se fazem, no Brasil e no exterior, sobre a relutância das companhias em arcar com suas responsabilidades, especialmente nos eventos de grande magnitude, em que poderia haver comprometimento financeiro das sociedades: o caso do vazamento de gases tóxicos

---

<sup>14</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, *Op. Cit.*, pág. 79.

<sup>15</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 10

em Bophal, na Índia, no final de 1984, é um triste exemplo. O episódio do rompimento da barragem da SAMARCO em Mariana não tem melhores perspectivas.

### 3. A Ordem Econômica na Constituição de 1988

Nesta seção, analisa-se a ordem econômica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, em especial seus fundamentos, princípios e o espaço constitucional em que se dá a atuação do Estado, tópicos relevantes para o tema central deste trabalho: a sociedade de economia mista e o conflito de interesses entre o Estado e os acionistas minoritários privados.

#### 3.1. Fundamentos

A expressão “ordem econômica” não é unívoca e pode significar tanto o modo de ser de determinada economia, como a ordem jurídica econômica, ou seja, o conjunto de princípios e regras que disciplinam a atividade econômica e indicam como deve ser determinada economia. “A primeira ordem econômica (modo de ser) é suporte fático para a incidência da segunda ordem econômica (modo de dever ser)”<sup>16</sup>.

Assim, o *caput* do artigo 170 da Constituição Federal de 1988 estabelece os fundamentos que devem guiar as relações econômicas na sociedade brasileira: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Os seus nove incisos, por sua vez, ditam os princípios que devem orientar essas atividades.

**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

**I** - soberania nacional;

**II** - propriedade privada;

**III** - função social da propriedade;

**IV** - livre concorrência;

**V** - defesa do consumidor;

**VI** - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

---

<sup>16</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 501.

**VII** - redução das desigualdades regionais e sociais;

**VIII** - busca do pleno emprego;

**IX** - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

**Parágrafo único.** É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A ordem econômica, portanto, deve ter como fundamentos e pilares de sustentação a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. “Extraí-se dessa premissa, por conseguinte, que, se a atividade econômica estiver vulnerando os referidos fundamentos, será considerada inválida e inconstitucional”<sup>17</sup>.

Para José dos Santos Carvalho Filho, a valorização do trabalho humano, como fundamento da ordem econômica, pode ser sintetizado como “a necessidade de situar o homem trabalhador em patamar mais elevado do que o relativo a outros interesses privados, de forma a ajustar seu trabalho aos postulados de justiça social”<sup>18</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, ao se fundar na valorização do trabalho humano, a ordem econômica deve conformar-se aos ditames da justiça social. Aduz que “entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º, encontra-se os de construir uma *sociedade justa, erradicar a pobreza e a marginalização* e o de *reduzir as desigualdades sociais*”<sup>19</sup>.

No que tange à liberdade de iniciativa, o fundamento expresso no *caput* do artigo 170 se complementa com o princípio da livre concorrência (inciso IV) e com o livre exercício da atividade econômica, sem a necessidade de autorização do Poder Público, a menos nos casos em que esta venha a ser prevista em Lei (parágrafo único).

O alcance da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica pátria é realçado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Isso significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito de desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do

<sup>17</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 946.

<sup>18</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, pág. 947.

<sup>19</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. pág. 818.

Texto Constitucional e descende, mesmo, da própria acolhida do regime capitalista, para não falar dos dispositivos constitucionais supramencionados<sup>20</sup>.

Na opinião de Silvio Luís Ferreira da Rocha, embora nossa Constituição não acolha um sistema econômico puro, seja o capitalista, seja o socialista, não é neutra do ponto de vista econômico (como o é, por exemplo, a constituição alemã), adotando forte orientação liberal:

Não obstante a vocação social impressa à ordem econômica pela Constituição, nela não podemos deixar de antever forte orientação liberal, na medida em que: (a) excepciona a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, permitindo-a apenas quando necessária a atender imperativos de segurança nacional ou a atender a relevante interesse coletivo, definidos em Lei (CF, art. 173); (b) concede caráter indicativo ao planejamento feito pelo Estado ao setor privado; (c) submete a ordem econômica aos princípios da propriedade privada e da livre concorrência; e (d) eleva o exercício da atividade econômica à categoria de liberdade pública (CF, art. 170, parágrafo único).<sup>21</sup>

### 3.2. Princípios

Os princípios da ordem econômica, como visto, estão expressos nos nove incisos de artigo 170 e em seu parágrafo único. Luís Roberto Barroso classifica esses princípios em duas categorias: *princípios de funcionamento e princípios-fins*<sup>22</sup>:

Os princípios de funcionamento referem-se à dinâmica das relações produtivas, às quais todos os seus agentes estão vinculados. Podem ser classificados como princípios de funcionamento aqueles referidos nos incisos I a VI do artigo 170, a saber: (i) soberania nacional; (ii) propriedade privada; (iii) função social da propriedade; (iv) livre concorrência; (v) defesa do consumidor e (vi) defesa do meio ambiente<sup>23</sup>.

**Soberania nacional.** Implica em que “a ordem econômica não pode desenvolver-se de modo a colocar em risco a soberania nacional em face dos múltiplos interesses internacionais”<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 819.

<sup>21</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Op. Cit.*, pág. 502.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. Revista Diálogo Jurídico. Número 14 – junho/agosto de 2002. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica. Disponível na Internet [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br), pág. 8.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, *ibidem*.

<sup>24</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, pág. 948.

Na visão de Luís Roberto Barroso, “soberania é um atributo essencial do Estado, sendo conceito de dupla significação: do ponto de vista do direito internacional, expressa a ideia de igualdade, de não subordinação; do ponto de vista interno, traduz a supremacia da Constituição e da Lei, e da superioridade jurídica do Poder Público na sua interpretação e aplicação”<sup>25</sup>.

**Propriedade privada e função social da propriedade.** Sua função é assegurar a todos os agentes que atuam ou pretendem atuar na ordem econômica a apropriação privada dos meios de produção, além de impor o respeito à propriedade alheia e limitações ao Estado, que só poderá restringir o direito à propriedade nas hipóteses autorizadas pela Constituição Federal. Esta estabelece ainda que a propriedade, na ordem econômica, deverá ter uma função social, conceito que abriga ideias centrais como a utilização adequada dos recursos naturais, a preservação do meio ambiente e o bem-estar da comunidade<sup>26</sup>.

**Livre concorrência e defesa do consumidor.** A livre concorrência expressa a opção pela economia de mercado. A proteção da livre concorrência contra abuso do poder econômico (artigo 173, §4º), assim como o princípio da defesa do consumidor, implicam no “dever do Estado repelir o uso incorreto do poder econômico, isto é, de modo gravoso para os princípios da ordem econômica”<sup>27</sup>.

**Defesa do meio ambiente.** Na visão de Luís Roberto Barroso:

A preservação do meio ambiente condiciona o exercício das atividades econômicas em geral. O constituinte de 1988 não apenas incluiu sua defesa entre os princípios da ordem econômica (CF, art. 170, VI), como também dedicou todo um capítulo (Capítulo VI do Título VIII) à sua disciplina, elevando-o à categoria de direito de todos<sup>28</sup>.

Já os princípios-fins estabelecem os objetivos que a ordem econômica deve atingir: (i) a existência digna para todos, (ii) a redução das desigualdades regionais e sociais, (iii) a busca do pleno emprego e (iv) a expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob a lei brasileira e que tenham sua sede e administração no país.

Cada um desses princípios descreve uma realidade fática desejada pelo constituinte e comandada ao Poder Público. Assim, o constituinte deseja o fortalecimento das empresas brasileiras de pequeno porte, admitindo, então, tratamento

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, pág. 8..

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, pág. 9.

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 825.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, pág. 10.

favorecido por parte do Estado. Além disso, a Constituição harmoniza os objetivos da ordem econômica – redução das desigualdades, pleno emprego e existência digna para todos – com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes do art. 3º da Carta. Também aí pode-se ler, nos incisos III e IV, que erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, são objetivos fundamentais do Estado brasileiro como um todo<sup>29</sup>.

### 3.3. Atuação do Estado na Ordem Econômica

O Estado atua basicamente de duas formas na ordem econômica: como agente regulador e executando atividade econômica.

#### 3.3.1. Agente Regulador

Como agente regulador, “cria normas, estabelece restrições e faz um diagnóstico social das condições econômicas. É um fiscal da ordem econômica organizada pelos particulares”<sup>30</sup>.

Luís Roberto Barroso acrescenta que cabe ao Estado fiscalizar o atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica:

No desempenho dessa competência, deverá editar normas coibindo abusos contra o consumidor, prevenindo danos à natureza ou sancionando condutas anti-concorrenciais, para citar alguns exemplos. Ao traçar essa disciplina, deverá o Poder Público, como natural, pautar-se no quadro da Constituição, tendo como vetor interpretativo os fundamentos do estado e da ordem econômica: livre iniciativa e valorização do trabalho<sup>31</sup>.

Embora princípios que regem essas disciplinas legais específicas (meio-ambiente, consumidor, concorrência, etc.) possam autorizar a edição de normas que venham a interferir com a livre iniciativa, “tais princípios não têm força jurídica para validar atos que venham a suprimir a livre iniciativa ou vulnerá-la em seu núcleo essencial”<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, pág. 11.

<sup>30</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, pág. 949.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, pág. 13.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, *ibidem*.

Para o autor acima referido, cabe ainda ao Estado implementar os princípios-fins contidos no artigo 170 da Constituição Federal, dentro dos objetivos de assegurar existência digna e justiça social a todos:

Nessa linha de raciocínio, é próprio do papel do Estado procurar influir legitimamente nas condutas dos agentes econômicos, através de mecanismos de fomento – incentivos fiscais, financiamentos públicos, redução de alíquota de impostos – sem que possa, todavia, obrigar a iniciativa privada à adesão (...) <sup>33</sup>.

### **3.3.2. Atividade Econômica**

A expressão “atividade econômica” é ambígua:

Porque nutrida na linguagem natural, a linguagem jurídica apresenta textura aberta, na qual proliferam as chamadas palavras – e expressões – “camaleão”, que constituem um perigo tanto para o pensamento claro quanto para a expressão lúcida. A expressão “atividade econômica” é uma delas <sup>34</sup>.

Para Eros Roberto Grau, a expressão “atividade econômica”, quando tomada como gênero, comporta duas espécies: o serviço público e a atividade econômica (em sentido estrito):

A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podemos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica.

Serviço público, dir-se-á mais, é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou autorização.

Desde aí poderemos também afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado.

(...)

Ao afirmar que serviço público é tipo de atividade econômica, a ela atribuí a significação de gênero no qual incluí a espécie serviço público.

Ao afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado, a ela atribuí a significação de espécie <sup>35</sup>.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha define atividade econômica como “todo o agir ou fazer material ou intelectual relacionado com a produção, fabricação, distribuição e comercialização de bens e serviços, cujo exercício é assegurado a todos, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvos nos casos previstos em lei (CF, art. 170, parágrafo único)” <sup>36</sup>.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, pág. 14.

<sup>34</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 101.

<sup>35</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceito e Normas Jurídicas*, pág. 109, *apud* GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.*, pág. 103

<sup>36</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Op. Cit.*, pág. 504.

Para o autor, não há distinção substancial entre “atividade econômica” e “serviço público”:

A distinção ocorre no âmbito formal, mais precisamente no âmbito da competência, isto é, no âmbito da pessoa legitimada pelo ordenamento para exercer a atividade. Portanto, a noção de “atividade econômica” opõe-se à noção de “serviço público” no campo da titularidade. Se “atividade econômica” cabe preferencialmente aos sujeitos privados, o “serviço público” cabe com exclusividade ao Poder Público, conforme dispõe o art. 175 da CF<sup>37</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello, entretanto, estabelece clara distinção entre atividade econômica e serviço público, negando a este último caráter econômico:

... a Constituição estabeleceu uma grande divisão: de um lado, atividades que são de alçada dos particulares – as econômicas – e, de outro, atividades que são de alçada do estado, logo implicitamente qualificadas como juridicamente não econômicas – os serviços públicos<sup>38</sup>.

Este trabalho inclui a atividade do Estado na prestação de serviços públicos como parte da atividade econômica do Estado, por duas razões: (i) quando prestados por empresas estatais e sociedades de economia mista, sendo estas o foco principal deste estudo, a prestação de serviços públicos adquire um importante aspecto de organização empresarial; (ii) é muitas vezes difícil traçar uma linha divisória entre o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito<sup>39</sup>; (iii) as empresas públicas e as sociedades de economia mista, prestando serviço público ou exercendo atividade econômica em sentido estrito, devem ter como objetivo o interesse público que lhes deu razão de criação.

Em síntese, a atividade econômica do Estado pode assumir as formas constantes da tabela a seguir, que serão analisadas com maiores detalhes na seção seguinte:

<sup>37</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Op. Cit.*, Ibidem.

<sup>38</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 816.

<sup>39</sup> ROCHA, Astrid Monteiro de Carvalho Guimarães de Lima. *O Estado Empresário: Interesse Público, Conflito de Interesses e Comportamento Abusivo do Acionista Controlador das Sociedades de Economia Mista in ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pág. 85.

ATIVIDADE ECONÔMICA	Quem pode prestar/explorar
<p style="text-align: center;"><b>Serviço Público</b></p>	Órgãos (prestação centralizada)
	Autarquias Fundações Empresas Públicas Sociedades de Economia Mista
<p style="text-align: center;"><b>Atividade Econômica em Sentido Estrito</b></p> Interesse Coletivo Imperativo de Segurança Nacional Hipóteses Constitucionais de Monopólio Estatal	Empresas Públicas Sociedades de Economia Mista

## 4. Atividade Econômica do Estado

Visto como se ordena constitucionalmente a ordem econômica, esta seção passa a analisar a atividade econômica do Estado em sentido amplo, em especial a prestação de serviço público e a exploração de atividade econômica em sentido estrito. No exercício da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista são importantes instrumentos de atuação do Estado.

Por simplicidade, a atividade econômica em sentido estrito é referida apenas pela expressão “atividade econômica”, contrapondo-se à prestação de serviço público.

### 4.1. Limites da Atividade Econômica do Estado

A exploração de atividade econômica pelo Estado encontra seus limites no artigo 173 da Constituição Federal:

**Art. 173.** Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

**§ 1º.** A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

- I** - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- II** - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III** - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV** - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- V** - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

**§ 2º.** As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

**§ 3º.** A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

**§ 4º.** - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

**§ 5º.** A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

A Constituição estabelece, pois, três pressupostos que legitimam a exploração de atividade econômica pelo Estado:

#### **4.1.1. Segurança Nacional**

“Se a ordem econômica conduzida pelos particulares estiver causando algum dano à soberania do país, fica o Estado autorizado a intervir no domínio econômico, direta ou indiretamente, tudo com vistas a restabelecer a paz e a ordem sociais”<sup>40</sup>.

Assim, para José dos Santos Carvalho Filho, imperativo de segurança nacional tem relação direta com o princípio da soberania (artigo 170, I). Parece ter também um caráter supletivo, na medida em que a intervenção estatal na ordem econômica apenas se justifica se aquela “conduzida por particulares estiver causando algum dano à soberania do país”.

Já Eros Roberto Grau interpreta que imperativo de segurança nacional diz respeito à defesa nacional:

Segurança nacional é, no contexto da Constituição de 1988, conceito inteiramente distinto daquele consignado na Emenda Constitucional nº 1/69.<sup>41</sup> Cuida-se, agora, de segurança atinente à defesa nacional, que não obstante não há de conduzir, impositivamente, sempre, à exploração direta, pelo Estado, da atividade econômica em sentido estrito... haverá a exploração direta quando atender a imperativos de segurança nacional<sup>42</sup>.

Neste trabalho, utiliza-se o conceito de segurança nacional mais restrito, ligado às necessidades de defesa nacional. Assinale-se que um conceito muito amplo de segurança nacional foi a justificativa para os governos militares interferirem fortemente na economia, criando, desenvolvendo e nacionalizando empresas de diversos setores.

#### **4.1.2 Relevante Interesse Coletivo**

Nos termos do *caput* do artigo 173 da Constituição Federal, como visto, o Estado pode explorar atividade econômica nos casos de relevante interesse coletivo

---

<sup>40</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, pág. 965.

<sup>41</sup> Que, para o mencionado autor, cuidava de prover a segurança do Estado contra a sociedade.

<sup>42</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.*, pág. 281.

ou imperativo de segurança nacional, por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista (§ 1º) constituídas com essa finalidade.

Para Eros Roberto Grau, o relevante interesse coletivo é definido por lei que deverá ponderar, nessa definição, todos os princípios constitucionais que incidem sobre a ordem econômica<sup>43</sup>. A lei deve ser editada pelo ente federativo que detenha competência sobre a matéria<sup>44-45</sup>.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

A noção de interesse público relevante constitui conceito jurídico indeterminado, porque lhe faltam a precisão e a identificação necessárias à sua determinabilidade. Por essa razão, a Constituição admitiu que essa noção viesse a ser definida por lei. Desse modo, será necessário que o Governo edite a lei definidora do que é interesse coletivo relevante para permitir a intervenção legítima do Estado na ordem econômica<sup>46</sup>.

O relevante interesse coletivo a que se refere o mandamento constitucional é o interesse público primário, não o interesse patrimonial do Estado (interesse público secundário).

Somente o interesse público primário pode ser comparado ao interesse coletivo inscrito no artigo 173 da Constituição Federal e, portanto, encampado como missão da empresa estatal. Particularmente importante é o reconhecimento de que a sociedade de economia mista deve visar ao interesse público primário, entendido como interesse da coletividade, e não o interesse público secundário dos aparelhos estatais<sup>47</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o interesse público como o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”<sup>48</sup>. Esse é o interesse público primário, que se contrapõe ao interesse público secundário, que são os interesses individuais do Estado, que só podem ser defendidos quando coincidirem ou forem instrumentais para a realização do interesse público primário<sup>49</sup>.

<sup>43</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit., Ibidem.*

<sup>44</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.*, pág. 282.

<sup>45</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a lei exigida pelo *caput* do artigo 173, para definir tanto o que é relevante interesse coletivo como imperativo de segurança nacional, deveria ser lei complementar, pois, se fosse suficiente lei ordinária, a própria lei que autorizasse a criação da entidade estatal poderia qualificar sua atividade de relevante interesse coletivo ou necessária aos imperativos de segurança nacional (BANDEIRA DE MELLO, *Op. Cit.*, pág. 833-834).

<sup>46</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, pág. 965.

<sup>47</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 232.

<sup>48</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 62.

<sup>49</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 66.

As exigências de atendimento ao interesse público primário, pela presença de relevante interesse coletivo ou de imperativo de segurança nacional, não decorrem das características intrínsecas da atividade, devendo ser definidas por Lei, conforme determina a parte final do caput do já referido artigo 173 da Constituição Federal.

A constatação sobre a relevância do interesse coletivo ou a presença de motivo de segurança nacional, autorizadores do ingresso do Estado no domínio econômico, não é exclusiva do Poder Executivo, mas deve ser compartilhada com o Poder Legislativo, na medida em que envolve um juízo eminentemente político, sendo descabida a tentativa de sua delimitação com base em critérios meramente técnicos. É o que se depreende da referência expressa, constante da parte final do artigo 173, que atribui à lei o condão de definir concretamente aqueles pressupostos jurídicos. Relevante interesse coletivo e segurança nacional são conceitos indeterminados, que não prescindem de interpretação legislativa para sua aplicação específica<sup>50</sup>.

André Rodrigues Cyrino ressalta que embora se trate de conceitos indeterminados, sujeitos à interpretação da maioria eleita, as opções são limitadas e sujeitas ao comando de subsidiariedade contido no artigo 173 da Constituição Federal<sup>51</sup>. Acrescenta o autor:

Nos âmbitos de incerteza, haverá maior liberdade estatal e espaço para manobras e manifestações democráticas. Os casos das decisões de atuação direta em momentos de crise muito provavelmente serão inseridas nessas hipóteses. O intuito de salvar e proteger a economia contra turbulências, em tese, virá acompanhado de interesses coletivos relevantes, ou de razões que estejam próximas a essa zona de significados<sup>52</sup>.

Questão relevante diz respeito ao ente federativo que pode editar a lei referida no artigo 173 da Constituição Federal. No que diz respeito a relevante interesse coletivo, Eros Grau entende que “o art. 173 menciona, singelamente, ‘conforme definido em lei’. Não a tendo qualificado como *lei federal*, conclui-se tratar-se de lei produzida por quem tenha competência sobre a matéria de que trata dispor”<sup>53</sup>.

No que tange ao imperativo de segurança nacional, entretanto, o autor defende que apenas lei federal pode defini-lo, por se tratar de competência legislativa privativa da União, expressa no artigo 22, inciso XXVIII, da Constituição Federal<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 222.

<sup>51</sup> CYRINO, André Rodrigues. *Até Onde Vai o Empreendedorismo Estatal? Uma Análise Econômica do Art. 173 da Constituição* in ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pág. 71.

<sup>52</sup> CYRINO, André Rodrigues. *Op. Cit.*, pág. 71.

<sup>53</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.*, pág. 282 (itálicos no original).

<sup>54</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.*, *ibidem*.

### **4.1.3. Monopólio Estatal**

Além dos pressupostos contidos no caput do artigo 173, a Constituição Federal define outras situações em que o Estado deve desenvolver atividade econômica. São as situações de monopólio estatal da União previstas no artigo 177:

**Art. 177.** Constituem monopólio da União:

**I** - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

**II** - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

**III** - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

**IV** - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

**V** - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

**§ 1º.** A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

**§ 2º.** A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

**I** - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

**II** - as condições de contratação;

**III** - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

(...)

A atividade econômica em regime de monopólio implica na concessão de um privilégio a quem a explora. Por essa razão, a Constituição veda o monopólio privado, já que implica na dominação de mercado e na eliminação da concorrência<sup>55</sup>.

Já o monopólio estatal, como afirma José dos Santos Carvalho Filho, é a atribuição conferida ao Estado para o desempenho exclusivo de determinada atividade econômica, visando a defesa do interesse público:

Enquanto o monopólio privado tem por escopo o aumento de lucros e o interesse privado, o monopólio estatal visa sempre à proteção do interesse público. A exclusividade da atuação do estado em determinado setor econômico tem caráter protetivo, e não lucrativo, e por esse motivo tem abrigo constitucional. Cabe destacar que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado em regime de monopólio é imperiosa (e não facultativa), quando se trate de imperativo de segurança nacional (art. 173, caput, CF)<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, pág. 969.

<sup>56</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, pág. 970.

A Emenda Constitucional nº 9, de 1995, e a Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, atenuaram em muito o caráter do monopólio da União sobre as atividades arroladas no artigo 177, permitindo que empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país, mediante concessão, autorização ou contratação sob o regime de partilha de produção<sup>57</sup>, possam exercer: (i) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (ii) a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; (iii) a importação e exportação de produtos ou derivados básicos resultantes das atividades relacionadas em (i) e (ii); (iv) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou derivados básicos de petróleo produzidos no país; (v) o transporte dutoviário de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem<sup>58</sup>.

Dessa forma, “as atividades antes alçadas constitucionalmente a monopólio da União Federal passaram a ser atividades economicamente reguladas, nas quais os particulares poderão ingressar mediante a anuência da União Federal, observados os requisitos necessários (licitação prévia nos casos em que seja necessária outorga de concessão)<sup>59</sup>.”

Em decorrência, para Vítor Rhein Schirato:

As únicas empresas estatais exploradoras de monopólios federais que remanescem em nosso sistema jurídico são a Indústrias Nucleares do Brasil – INB, sociedade de economia mista controlada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia<sup>60</sup> à qual incumbe explorar as atividades da indústria nuclear, e a Termonuclear S.A., subsidiária das Centrais Elétricas do Brasil S.A. – Eletrobrás, à qual incumbe a exploração das usinas de geração de energia elétrica nuclear Angra I e Angra II<sup>61</sup>.

Para o autor, a Empresa de Correios e Telégrafos – ECT não é empresa estatal que exerce atividade econômica monopolizada. Como os correios são serviço público a ser exercido diretamente pela União (Constituição Federal, artigo 21, X), a ECT é “entidade da administração indireta federal prestadora, por meio de descentralização administrativa, de serviços públicos de competência da União Federal”<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> A possibilidade de contratação sob o regime de partilha de produção foi incluída pela Lei 12.351, de 2010.

<sup>58</sup> SCHIRATO, Vítor Rhein. *Novas anotações sobre as Empresas Estatais in* Revista de Direito Administrativo – RDA, vol. 239. Rio de Janeiro: FGV, 2005, pág. 218.

<sup>59</sup> SCHIRATO, Vítor Rhein. *Op. Cit., ibidem*.

<sup>60</sup> Atualmente Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação.

<sup>61</sup> SCHIRATO, Vítor Rhein. *Op. Cit.*, pág. 220.

<sup>62</sup> SCHIRATO, Vítor Rhein. *Op. Cit., ibidem*.

## 4.2. Serviços Públicos

O desenvolvimento em profundidade do tema dos serviços públicos excede em muito o escopo deste trabalho. Entretanto, como muitas empresas estatais, tanto empresas públicas como sociedades de economia mista são prestadoras de serviços públicos, torna-se essencial uma visão, ainda que sintética, de suas características e, em especial, daquelas que distinguem os serviços públicos das atividades econômicas em sentido estrito e que afetam o regime jurídico a que se submetem as empresas estatais.

### 4.2.1. Conceito

Há muita divergência doutrinária acerca do conceito de serviço público. Como afirma José dos Santos Carvalho Filho, “constitui traço de unanimidade na doutrina a dificuldade de definir, com precisão, serviços públicos”.

O autor distingue dois sentidos fundamentais da expressão serviços públicos; (i) um **sentido subjetivo**, que leva em conta os órgãos públicos encarregados das atividades voltadas à coletividade e (ii) um **sentido objetivo**, que analisa a atividade em si, prestada pelo Estado e seus entes<sup>63</sup>.

Mesmo analisando-se os serviços públicos em seu sentido objetivo, portanto de serviço público como atividade, podem ser considerados três critérios: (i) o **critério formal**, que define serviço público como a atividade sujeita a regime jurídico de direito público<sup>64</sup>; (ii) o **critério material** ou seja, da definição como serviço público das diversas atividades prestadas pelo Estado em favor da coletividade e (iii) o **critério orgânico**, que define como serviço público as atividades prestadas diretamente pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes<sup>65</sup>.

Em função dessa diversidade de critérios, há, aqui também, grande divergência entre os administrativistas pátrios, pois alguns incluem no conceito apenas as facilidades fruíveis singularmente (como água, energia, etc.), enquanto outros consideram também os serviços que beneficiam a sociedade como um todo (limpeza pública, iluminação pública, etc.). Outros, ainda, consideram serviços públicos atividades como a fiscalização tributária.

---

<sup>63</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, pág. 331.

<sup>64</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, pág. 332.

<sup>65</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2014, pág. 731.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

Dada a diversidade de critérios para a noção de serviço público, no entanto, é imperioso reconhecer que sua abrangência pode alcançar todo e qualquer serviço prestado pelo Estado; com menor amplitude, prestados individual ou coletivamente à coletividade; e, com sentido mais restrito, apenas os que beneficiam especificamente certos indivíduos<sup>66</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro adota um critério relativamente amplo de serviço público: “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às atividades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público”<sup>67</sup>.

Entretanto, segundo a mesma autora:

(...) no artigo 175<sup>68</sup>, que atribui ao poder público a prestação de serviço público, mediante concessão ou permissão, a expressão aparece em seu sentido mais restrito, adotado por Celso Antonio Bandeira de Mello, porque pressupõe que se trate de fornecimento de utilidades das quais os cidadãos possam usufruir individualmente<sup>69</sup>.

Como este trabalho tem por foco as sociedades de economia mista e as relações entre seus acionistas público e privados, adota-se como base o conceito mais restrito de serviço público, tal como formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello.

*Serviço público* é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo, ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo<sup>70</sup>.

A este conceito, serão acrescentadas as atividades que geram comodidades fruíveis pela comunidade em geral (*uti universi*), como varrição de ruas, iluminação pública, etc., pois se constituem no objeto social bastante comum de empresas públicas e sociedades de economia mista, segundo a doutrina de Marçal Justen Filho.

<sup>66</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit., Ibidem*.

<sup>67</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 80.

<sup>68</sup> Artigo 175 da Constituição Federal: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

<sup>69</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 141.

<sup>70</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 695.

O serviço público produz a satisfação de necessidades individuais, homogêneas ou não, assim como a de interesses transindividuais (coletivas ou difusas).

Isso significa não adotar a concepção de que apenas existiriam serviços públicos quando fossem produzidas utilidades fruíveis individualmente pelo usuário. Reputa-se que existem serviços públicos fruíveis individualmente e outros cuja fruição se faz coletivamente. Varrer as ruas é um serviço público que não é fruível individualmente. Já o fornecimento doméstico de energia é um serviço público que atende interesses difusos, coletivos e individuais. Aliás, há forte tradição em se classificar os serviços públicos em fruíveis *uti singuli* e *uti universi*, o que influencia, inclusive, a disciplina tributária. A questão da fruição individual ou coletiva da utilidade tem relevância para a disciplina da remuneração cabível, não como pressuposto da configuração do serviço público<sup>71</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a noção de serviço público se compõe de dois elementos, o material e o formal:

(...) a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: (a) um deles, que é o seu *substrato material*, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; o outro, (b) o traço *formal* indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa “unidade normativa”.

Essa unidade normativa é formada por princípio e regras caracterizados pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e por restrições especiais, firmados uns e outros em função da defesa de valores especialmente qualificados no sistema normativo<sup>72</sup>.

O regime jurídico de Direito Público a que se submetem os serviços públicos – “consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”<sup>73</sup>, encontra-se delineado no artigo 175 da Constituição Federal e na Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que disciplina sua concessão e permissão, além de definir as condições e princípios que devem ser observados na sua prestação.

Como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A sujeição a regime publicístico é inerente ao próprio conceito de serviço público, no sentido de que os princípios a que se submetem as entidades prestadoras de serviço público, ainda que tenham a natureza de pessoa jurídica de direito privado (como empresas estatais e concessionárias e permissionárias de serviço público), são os mesmos a que se submete a administração pública, como os da continuidade, isonomia entre usuários, mutabilidade, generalidade, universalidade, etc.<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pág. 728.

<sup>72</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 698.

<sup>73</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 695.

<sup>74</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, pág. 143.

No subitem seguinte serão analisados em maior profundidade os princípios que devem reger a execução dos serviços públicos e outra importante característica do seu regime jurídico: a titularidade estatal. Em seguida, analisam-se, também com brevidade, os aspectos relacionados à concessão e permissão de serviços públicos, tema de grande interesse para a compreensão das sociedades de economia mista.

#### **4.2.2. Princípios**

O artigo 6º, § 1º, da Lei 8.987/95, estabelece que os serviços públicos devem ser prestados de forma adequada, obedecendo aos seguintes princípios:

**Art. 6º.** Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

**§ 1º.** Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Com base na doutrina tradicional francesa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>75</sup> e Marçal Justen Filho<sup>76</sup>, bem como outros doutrinadores brasileiros, indicam os seguintes princípios como inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos: o da continuidade do serviço público, o da mutabilidade de seu regime jurídico e o da igualdade dos usuários.

O **princípio da continuidade do serviço público** significa “a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido”<sup>77</sup>. Tem importantes implicações sobre os contratos administrativos firmados pelo Poder Público com os particulares, visando à execução dos serviços públicos.

No que concerne aos contratos, o princípio traz como consequência:

1. A imposição de prazos rigorosos ao contratante;
2. A aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuidade do serviço;
3. A inaplicabilidade da *exceptio non adimplenti contractus* contra a Administração (hoje abrandada, conforme demonstrado no item 8.6.7.8)<sup>78</sup>;
4. O reconhecimento de privilégios para a Administração, como o de encampação, o do uso compulsório dos recursos humanos e materiais da

<sup>75</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, págs. 146 e ss.

<sup>76</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, págs. 740 e ss.

<sup>77</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 702.

<sup>78</sup> Averbá a autora no item mencionado: “O rigor desse entendimento tem sido abrandado pela doutrina e jurisprudência, quando ‘a inadimplência do poder público impeça de fato e diretamente a execução do serviço ou da obra’ (cf. Barros Júnior, 1986:74); além disso, torna-se injustificável quando o contrato não tenha por objeto a execução de serviço público, porque não se aplica, então, o princípio da continuidade (...).”

empresa contratada, quando necessário para dar continuidade à execução do serviço<sup>79</sup>.

Questão importante relacionada ao princípio da continuidade é a possibilidade de suspensão do serviço público em virtude do inadimplemento do usuário. O tema é especialmente relevante para as sociedades de economia mista, que visam ao lucro, especialmente em situações de crise econômica, quando crescem naturalmente as dificuldades financeiras e a inadimplência dos utentes.

Embora o artigo 6º, § 3º, da Lei 8.987/95, inclua a inadimplência do usuário entre as situações que ensejam a válida interrupção do serviço público (portanto, sem desrespeito ao princípio da continuidade), a ampla maioria dos doutrinadores defende que a interrupção por inadimplência seja analisada caso a caso, garantindo-se sempre a dignidade do usuário. Nas palavras de Sílvio Luís Ferreira da Rocha:

Discordamos, no entanto, possa o inadimplemento do usuário justificar a interrupção do serviço, pura e simplesmente, Torna-se necessário indagar sobre (a) a relevância do serviço prestado para a dignidade do usuário; (b) o caráter compulsório ou facultativo do usos dos serviços pelo usuário, para, depois, estabelecer que os serviços públicos considerados essenciais à dignidade da pessoa humana, como os serviços de coleta de esgotos, tratamento de água, distribuição de energia elétrica, alguns compulsórios, outros facultativos, não podem ser interrompidos pelo inadimplemento do usuário, de modo que resta ao concessionário valer-se dos meios disponíveis à satisfação de seus créditos, ou, quando muito, limitar a quantidade de utilidades prestadas ao mínimo indispensável ao atendimento da dignidade do usuário<sup>80</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim define **o princípio da mutabilidade do regime jurídico**:

O princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo. Em decorrência disso, nem os servidores públicos, nem os usuários dos serviços públicos, nem os contratados pela Administração têm direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico; o estatuto dos funcionários pode ser alterado, os contratos também podem ser alterados ou mesmo rescindidos unilateralmente para atender ao interesse público<sup>81</sup>.

**O princípio da igualdade** tem proteção constitucional, integrando o rol dos direitos e garantias fundamentais (Artigo 5º, *caput* e inciso I) e constituindo-se em um dos princípios que regem a Administração Pública (artigo 37, *caput*).

No que tange à prestação de serviços públicos, o princípio da igualdade implica em tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários. “Não se

<sup>79</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, pág. 147.

<sup>80</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Op. Cit.*, pág. 528.

<sup>81</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, pág. 147-148.

pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdade de condições. Nesse ponto, o intérprete se depara com a conhecida dificuldade inerente ao princípio da isonomia, relacionada ao problema de identificar os limites da igualdade”<sup>82</sup>.

Para Marçal Justen Filho, o princípio da igualdade tem como corolários a universalidade e a neutralidade.

A **universalidade** significa que o serviço público deve ser prestado em benefício de todos os sujeitos que se encontrem em situação equivalente, de modo indeterminado. Admite-se, como é da essência da isonomia, a discriminação fundamentada em critérios adequados.

A **neutralidade** consiste em não permitir a prestação do serviço a qualquer circunstância individual incompatível com o postulado da isonomia. Assim, não é possível produzir privilégios fundados em sexo, raça, credo religioso ou local de domicílio, exceto quando tais circunstâncias refletirem valores distintos, que demandem diferenciação”<sup>83</sup>.

Embora o princípio da igualdade implique na isonomia das tarifas, a lei de concessões de serviços públicos prevê a possibilidade de serem estabelecidas tarifas diferenciadas<sup>84</sup>, como tarifas reduzidas para a população de menor poder aquisitivo, isenção de tarifas para idosos, etc.<sup>85</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca, ainda, o **dever inexcusável do estado de promover a prestação dos serviços públicos e a supremacia do interesse público** que, para o autor, embasa todos os demais princípios, implicando que o “norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço será a conveniência da coletividade, *jamais os interesses secundários do Estado ou dos que hajam sido investidos no direto de prestá-los*”<sup>86</sup>.

Adicionalmente, Marçal Justen Filho indica os princípios da adequação do serviço, da transparência e da participação do usuário, da ausência da gratuidade e da modicidade das tarifas, compondo o que denomina de “os novos postulados do serviço público”<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pág. 740.

<sup>83</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pág. 742.

<sup>84</sup> Lei 8.987/95, Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

<sup>85</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.*, pág. 148.

<sup>86</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 702.(Em itálico no original)

<sup>87</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pág. 741.

**A Adequação do Serviço** “é um pressuposto da própria mutabilidade. Consiste no dever de prestar o melhor serviço possível, em vista das circunstâncias. Respeitado o limite da possibilidade técnica e econômica, é obrigatório prestar o melhor serviço. Compete ao Poder Público fixar critérios objetivos para determinar o serviço público adequado”<sup>88</sup>.

**A Transparência e a Participação do Usuário.** “Significa o dever de o Estado e o prestador do serviço fornecerem ao usuário todos os esclarecimentos e admitirem a participação de representantes dos usuários na estrutura organizacional do serviço público”<sup>89</sup>. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a transparência implica no princípio da motivação: “o dever de fundamentar com largueza todas as decisões atinentes ao serviço”<sup>90</sup>.

**A Ausência de Gratuidade.** Marçal Justen Filho relaciona o princípio da ausência da gratuidade a um princípio geral de capacidade contributiva.

Todo usuário deve contribuir para a prestação dos serviços, na medida de suas possibilidades, tomando em vista a intensidade dos benefícios auferidos e da própria riqueza individual.

Por isso, os indivíduos carentes terão acesso aos serviços públicos, mas o custeio das prestações realizadas em proveito deles deverá ser arcado por outrem. Isso significa a adoção de soluções não tarifárias, tal como os subsídios provenientes dos cofres públicos ou a exploração de receitas ancilares (relacionadas a oportunidades econômicas conexas às atividades)<sup>91</sup>.

**A Modicidade Tarifária.** Marçal Justen Filho assim define modicidade tarifária: “a menor tarifa possível, em vista dos custos necessários à oferta do serviço adequado. A modicidade tarifária pode afetar a própria decisão quanto à concepção do serviço público. Não terá cabimento conceber um serviço tão sofisticado que o custo torne inviável aos usuários fruir dos benefícios”<sup>92</sup>.

A esse propósito, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras, se o Estado atribui tão assinalado relevo à qual conferiu tal qualificação, por considera-lo importante para o conjunto dos membros do corpo social, seria rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam devessem, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isso, que os marginalizassem. Assim, tal modicidade, à qual se refere expressamente o art. 6º, § 1º, da lei de concessão de serviços públicos (Lei 8.987, de 13.2.1995), em rigor é de ser

<sup>88</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pág. 742-743.

<sup>89</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pág. 743.

<sup>90</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 702.

<sup>91</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pág. 743-744.

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pág. 744.

predicável não apenas das tarifas às quais ele é referido, mas também às taxas, se esta for a modalidade de contraprestação do serviço<sup>93</sup>.

Questão importante relacionada ao princípio da modicidade tarifária é se esse princípio torna incompatível a prestação lucrativa do serviço público.

Não há, necessariamente, incompatibilidade entre a prestação de serviço público, ainda que com tarifas módicas, e a obtenção lucros razoáveis ou normais com o empreendimento. O que não se concebe é o lucro excessivo, exorbitante. Nesse sentido é a jurisprudência do TCU:

(...) a modicidade tarifária, premissa da adequação do serviço público concedido, expressamente prevista no art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995 (...) significa que a tarifa cobrada do usuário deve ser apenas suficiente para remunerar adequadamente a prestação do serviço outorgado, garantindo a sua continuidade e qualidade, com os lucros normais do empreendimento, sem, porém, prover o acréscimo de lucros exorbitantes à concessionária (...) (Acórdão 2.927/2011, Plenário, rel. Min. Walter Alencar Rodrigues, j. 09.11.2011, DOU 09.01.2011)<sup>94</sup>.

Em decorrência do princípio da modicidade tarifária, alguns serviços essenciais terão que ser prestados deficitariamente, pela impossibilidade da população de baixa renda a eles ter acesso. Tais serviços deverão ser prestados diretamente pelo Estado ou, se prestados indiretamente, por meio de autarquias ou empresas públicas, com a totalidade do capital detido pelo ente federativo responsável pela prestação dos serviços. Modicidade tarifária “não significa transferir para o prestador o dever de prestar serviços deficitários, especialmente quando for verificada a sua delegação para particulares”<sup>95</sup>.

#### **4.2.3. Titularidade**

A titularidade do serviço público é sempre do Estado, que se obriga a discipliná-lo e a promover-lhe a prestação, que pode ser conferida pelo Estado a outras entidades:

Assim, tanto poderá prestá-lo por si mesmo como poderá promover-lhes a prestação *conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo* (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução. ... Ou seja, poderá conferir “autorização”, “permissão” ou “concessão” de serviço público (que são as

<sup>93</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 703.

<sup>94</sup> Citado em JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pág. 744

<sup>95</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pág. 744.

expressões constitucionalmente autorizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas<sup>96</sup>.

A transferência do exercício do serviço público pelo ente estatal responsável por sua prestação se dá por concessão ou permissão, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal.

No subitem que se segue, analisa-se, também com brevidade, os aspectos relacionados à concessão e permissão de serviços públicos, tema necessário para a compreensão das particularidades do regime jurídico das sociedades de economia mista concessionárias de serviço público.

### **4.3. Concessão de Serviço Público**

#### **4.3.1. Conceito**

A prestação de serviços públicos pelo Poder Público, bem como a possibilidade de sua concessão ou permissão, está prevista no artigo 175, e seu parágrafo único, da Constituição Federal:

**Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

**Parágrafo único.** A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado

Apenas em 1995, com a edição da Lei 8.987 é que foi dada definição legal ao instituto da concessão. Em 2004, a Lei 11.079 formalizou novas espécies de concessão, denominadas comumente de parcerias público-privadas, que passaram a conviver com o instituto da concessão simples previsto pela Lei 8.87/95<sup>97</sup>.

Neste trabalho, analisa-se apenas, e de forma sintética, o instituto da concessão de serviços públicos em sua forma tradicional, ou simples, já que o objetivo desta análise é comparar os regimes jurídicos das sociedades de economia mista

<sup>96</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 705.

<sup>97</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pág. 758.

prestadoras ou concessionárias de serviço público das que exercem atividade econômica.

O regime jurídico que rege as concessões simples é a base daquele que rege as concessões patrocinadas e administrativas (Lei 11.079/04), com alterações pontuais. Mesmo as permissões de serviço público vêm perdendo seus caracteres diferenciais em relação às concessões, especialmente depois da edição da Lei Federal 8.987/95. Como observa Diógenes Gasparini: “Essas dúvidas não mais existem desde o advento da Lei Federal n. 8.987/95, que igualou a permissão à concessão de serviços públicos, embora isso não seja pacífico entre os autores (...)”<sup>98</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello assim conceitua o instituto da concessão de serviço público:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* do serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço<sup>99</sup>.

Definição muito semelhante foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 976.836-RS, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 25/08/2010:

(...)

1. A Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, e geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

(...)

Neste trabalho, adota-se o conceito de concessão simples de serviço público formulado por Marçal Justen Filho, que amplia ligeiramente os conceitos acima, por se referir à remuneração extraída do empreendimento como um todo, não apenas das tarifas, em consonância com o conceito de serviço público aqui adotado para a análise das sociedades de economia mista.

A concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob

<sup>98</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. pág. 421.

<sup>99</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, págs. 725-726.

controle estatal e da sociedade civil, mediante a remuneração extraída do empreendimento<sup>100</sup>.

Marçal Justen Filho entende que só há efetiva concessão de serviço público, que denomina de concessão própria, se este é delegado a (i) particulares ou (ii) entes públicos que não sejam controlados pela unidade federativa titular do serviço público. Na hipótese de delegação do serviço público a ente controlado pela própria Administração Pública que lhe é titular, há apenas descentralização administrativa.

Nos casos em que o ente estatal responsável pela prestação do serviço era titular de personalidade jurídica própria, surgiu o costume de qualifica-lo como concessionário, o que não produz efeito jurídico relevante. A entidade administrativa sob controle estatal não disporá, em muitos casos, de interesses próprios e sua autonomia de atuação será bastante restrita. Assim se passará, de modo especial, no tocante às autarquias e às empresas públicas. Mesmo no tocante às sociedades de economia mista tal ocorrerá. (...)

A descentralização administrativa não configura a concessão de serviços, já que os recursos aplicados continuam a ter origem pública, o regime jurídico não se altera e não se transfere a prestação de serviços para órbita estranha à da Administração Pública. Essa opinião tem sido perfilhada pelos mais influentes setores da doutrina. Geraldo Ataliba se manifestara precursoramente sobre o tema. No mesmo sentido posicionaram-se Eros Grau, Adilson Abreu Dallari, José Afonso da Silva e Torquato Jardim<sup>101</sup>.

Também para Vítor Rhein Schirato, a criação de empresa pública ou sociedade de economia mista para a prestação de serviço público, pelo ente federativo que detém a sua titularidade, não implica na concessão de serviço público.

Desta forma, entendemos que a constituição de empresa estatal para o desempenho de serviço público não implica a existência de concessão de serviço público, mas sim deflagra apenas processo de descentralização administrativa, levada a cabo dentro do poder de auto-organização da Administração Pública, respeitados os requisitos constitucionalmente estabelecidos (autorização legislativa)<sup>102</sup>.

O autor colaciona, no mesmo sentido, ensinamento de Eros Grau:

São situações jurídicas inteiramente distintas pois, a do concessionário de serviço público e a da empresa estatal que tenha por objeto a sua prestação. Estas, ao contrário do que estive anteriormente a sustentar, são delegadas do Estado, criadas no bojo do movimento da descentralização administrativa, para fim específico. É o próprio Estado, então, quem através de uma sua extensão, dotada de personalidade jurídica privada, presta os serviços<sup>103</sup>.

Ao julgar o RE 580.264- RS, com repercussão geral, o STF assim decidiu:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA**

<sup>100</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pág. 759.

<sup>101</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pág. 766.

<sup>102</sup> SCHIRATO, Vítor Rhein. *Op. Cit.*, pág. 215.

<sup>103</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2002 *apud* SCHIRATO, Vítor Rhein. *Op. Cit.*, *Ibidem*.

**RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇOS DE SAÚDE.** 1. A saúde é direito fundamental de todos e dever do Estado (arts. 6º e 196 da Constituição Federal). Dever que é cumprido por meio de ações e serviços que, em face de sua prestação pelo Estado mesmo, se definem como de natureza pública (art. 197 da Lei das leis). 2. A prestação de ações e serviços de saúde por sociedades de economia mista corresponde à própria atuação do Estado, desde que a empresa estatal não tenha por finalidade a obtenção de lucro. 3. As sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal, gozam da imunidade tributária prevista na alínea “a” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com repercussão geral. (RE 580.264-RS, Relator para acórdão Ministro Ayres Brito, julgamento em 16/10/2010)

#### **4.3.2. Autorização Legal e Licitação Pública**

A outorga de serviço público em concessão depende de previsão constitucional e de lei que a autorize<sup>104</sup>:

Não pode o Executivo, por simples decisão sua, entender de transferir a terceiros o exercício de atividade havida como peculiar ao Estado. É que, se se trata de um serviço próprio dele, quem deve, em princípio, prestá-lo é a Administração Pública. Para isto existe<sup>105</sup>.

Além da prévia autorização legal, a outorga do serviço público deve ser precedida de licitação, conforme determina o artigo 175, *caput*, da Constituição Federal:

A existência da pertinente autorização legislativa produzida nas distintas esferas competentes (federal, estadual, municipal e distrital), como é óbvio, não libera a Administração para escolher, a seu libito, o concessionário que deseje. Deverá proceder a uma licitação a fim de que se apresentem os interessados, selecionando-se aquele que oferecer condições mais vantajosas. É o que, como já se disse, está expressamente previsto no dantes mencionado art. 175 da Constituição<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> Constituição Federal, **artigo 21**. Compete à União: (... ) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (...); **artigo 25, § 2º**. Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação; **Art. 30**. Compete aos Municípios: (...) **V** - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; (...).

<sup>105</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, págs. 737.

<sup>106</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, págs. 739.

### 4.3.3. Regime Jurídico

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a concessão de serviço público é contrato administrativo e, dessa forma, “as características da concessão de serviço público são as mesmas dos demais contratos administrativos:

A concessão vem, pois, acompanhada das cláusulas exorbitantes que conferem ao concedente os poderes de alterar e rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar sua execução, aplicar penalidades; tem as mesmas características de **mutabilidade**, aplicando-se-lhes as teorias do fato do príncipe e da imprevisão. Aliás, foi a propósito da concessão de serviço público que se elaboraram originalmente essas teorias<sup>107</sup>.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a concessão de serviço público visa sempre atender ao interesse público, da melhor maneira possível. Em decorrência, o Poder Público permanece como titular do serviço e mantém sobre ele total disponibilidade, do que resulta o conjunto de poderes conferido ao concedente:

- a) poder de inspeção e fiscalização;
- b) poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares;
- c) poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído;
- d) poder de intervenção;
- e) poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente<sup>108</sup>.

Já o concessionário, tem, principalmente, o direito à manutenção do objeto e do seu equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

A competência para alterar o conteúdo do negócio jurídico deve respeitar o objeto da concessão, não pode modifica-lo.

O equilíbrio econômico-financeiro representa um conjunto de cláusulas aptas a preservar a legítima expectativa de lucro assegurada ao concessionário pela exploração e prestação dos serviços públicos concedidos<sup>109</sup>.

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão limita-se a riscos extraordinários – especialmente relacionados ao fato do príncipe e à teoria da imprevisão – e não pode ser invocado pelo concessionário se os maus resultados decorrerem de álea ordinária, isto é, do risco normal do negócio.

O concessionário arca com os prejuízos causados por sua ineficiência, imperícia, má administração, erro de previsão de captação ou manutenção de usuários, insucesso em extrair renda das fontes alternativas de receita.

<sup>107</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, pág. 340 (negrito no original).

<sup>108</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, págs. 732-753.

<sup>109</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Op. Cit.*, pág. 547.

Todas essas hipóteses enquadram-se no conceito de “risco ordinário” imputado ao concessionário<sup>110</sup>.

Pela teoria do **fato do príncipe**, “o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário quando, por ato seu, agravar a equação econômico-financeira da concessão em detrimento do concessionário, salvo se a medida gravosa corresponder a ônus imposto aos administrados em geral...”<sup>111</sup>.

Já a **teoria da imprevisão** impõe ao concedente o ressarcimento (integral na concessão simples) de prejuízos que “resultam para o concessionário de acontecimento (fato ou ato) imprevisível, ao qual os contratantes não tenham dado causa e que provoque profundo e substancial desequilíbrio da equação econômico-financeira, tornando ruínosa (...) a prestação do serviço para o concessionário”<sup>112</sup>.

Para os concessionários de serviço público, portanto, se por um lado podem obter uma taxa de retorno do empreendimento limitada pelo interesse público, que impõe a modicidade tarifária, por outro veem seu risco empresarial reduzido à álea ordinária do empreendimento. Os riscos extraordinários estarão cobertos pelo equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em especial pelas teorias do fato do príncipe e da imprevisão.

Na seção 5, a seguir, tanto a doutrina, como a jurisprudência, reconhecem diferenças importantes no regime jurídico das empresas estatais e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos das que exercem atividade econômica em sentido estrito.

---

<sup>110</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Op. Cit.*, págs. 549-550.

<sup>111</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 764.

<sup>112</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, *Ibidem*.

## 5. Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

### 5.1. Evolução

Como exposto na seção 2 deste trabalho, a atividade empresarial do Estado, com a participação conjunta de capitais privados, começou ainda na era do capitalismo mercantil, através das companhias de colonização.

Foi, entretanto, o declínio do liberalismo econômico e do estado-polícia e a ascensão do estado-social, com sua demanda crescente por serviços públicos, que provocou o aumento das dimensões do Estado e sua cada vez maior participação no campo econômico.

Assim, primeiramente surgiu o instituto da concessão de serviço público:

As ideias políticas e econômicas dominantes na época em que o Estado teve de começar a assumir essas novas tarefas limitaram a opção política na escolha do instrumento adequado ao exercício de suas novas e rudimentares funções de caráter econômico.

As formas consensuais espontâneas que o estado liberal poderia sugerir teriam que ser, necessariamente, ou a de seu exercício pelos próprios órgãos do Estado ou a delegação dessas atividades industriais ou comerciais a empresas privadas, mediante concessão<sup>113</sup>.

Bilac Pinto relata que o instituto da concessão de serviços públicos sofreu declínio com o surgimento "de uma associação financeira lesiva ao Poder Público, que, privado dos benefícios eventuais, estava, entretanto, obrigado a participar das perdas da exploração do serviço público concedido". O autor se refere, no caso, a cláusulas protetivas do concessionário, tais como a "garantia de juros" e a teoria da imprevisão", que teriam alterado significativamente as características originais da concessão de serviço público<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> BILAC PINTO, Olavo. *O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Moderna Empresas Públicas* in RDA, vol. 32. Rio de Janeiro: FGV, 1953. Arquivo em PDF disponível na Internet no endereço , pág. 3, acesso em 05/11/2015.

<sup>114</sup> BILAC PINTO, Olavo. *Op. Cit., Ibidem*.

Esse fator conduziu a uma crescente preferência do Poder Público pelas Sociedades de Economia Mista (que não tinham ainda tal denominação)<sup>115</sup>.

Na história recente do desenvolvimento econômico do Brasil, foi Getúlio Vargas que, em 1941, utilizou pela primeira vez o instituto da sociedade de economia mista, para a criação de Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, inclusive com a subscrição de ações pelo público em geral, além da participação dos Institutos dos industriários, comerciários e bancários<sup>116</sup>.

Problemas para a administração adequada dos interesses privados e dos interesses públicos envolvidos nas sociedades de economia mista levaram ao desenvolvimento da empresa pública, com capitais cem por cento estatais.

A nossa legislação administrativa distinguiu, até agora, duas formas de administração indireta, considerada esta como modalidades de administração em que o governo participava financeiramente e, portanto, excluída a concessão, eram elas: as autarquias e as sociedades de economia mista<sup>117</sup>.

As empresas públicas surgem no direito administrativo brasileiro com o Decreto-Lei 200, de 1967:

Vinha se verificando, entretanto, que em certos setores as sociedades de economia mista não prosperaram como era de desejar, por falta de atrativo para a aplicação de recursos privados, embora tivesse o Estado interesse em dar uma estrutura de direito privado à empresa, tendo em vista sua finalidade. Por outro lado, outra corrente entendia que as sociedades de economia mista em que o particular comprometia o seu capital não permitiam ao investidor minoritário uma fiscalização adequada sobre a administração da empresa, dominada inteiramente pelo Estado, seu acionista majoritário. Condenava, por isso, a empresa mista<sup>118</sup>.

Antes disso, entretanto, foram constituídas sociedades de economia mista tendo como única sócia a União, como a Rede Ferroviária Federal, “que tem a forma de uma empresa pública, mas foi estruturada para funcionar como empresa mista”<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> BILAC PINTO, Olavo. *Op. Cit.*, pág.4.

<sup>116</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 206.

<sup>117</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Empresa Pública no Direito Brasileiro* in RDA, vol. 91. Rio de Janeiro: FGV, 1968. Arquivo em PDF disponível na Internet no endereço <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/31119>, pág.1, acesso em 05/11/2015.

<sup>118</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Op. Cit.*, *Ibidem*.

<sup>119</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Op. Cit.*, *Ibidem*.

## 5.2. Conceito

O Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, em seu artigo 5º, incisos II e III, com a redação dada pelo Decreto-Lei 900, de 29 de setembro de 1969, define empresa pública e sociedade de economia mista:

**Art. 5º.** Para os fins desta Lei, considera-se:

...

**II** - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, 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.

...

§ 1º No caso do inciso III, quando a atividade for submetida a regime de monopólio estatal, a maioria acionária caberá apenas à União, em caráter permanente.

...

Apontando impropriedades nas definições legais, Celso Antônio Bandeira de Mello assim conceitua empresas públicas e sociedades de economia mista:

Deve-se entender que a *empresa pública federal* é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em direito e cujo *capital* seja formado *unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal*<sup>120</sup>.

*Sociedade de economia mista federal* há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar de atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de *propriedade particular*<sup>121</sup>.

São traços comuns das empresas públicas e das sociedades de economia mista<sup>122</sup>:

- (i) Criação e extinção por lei.
- (ii) Vinculação aos fins definidos na lei autorizadora de sua constituição.

<sup>120</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 191.

<sup>121</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 195.

<sup>122</sup> EIZIRICK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pág. 292.

- (iii) Personalidade jurídica de direito privado.
- (iv) Derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público.
- (v) Sujeição ao controle estatal.
- (vi) Desempenho de atividade econômica em sentido amplo (prestação de serviço público ou atividade econômica em sentido estrito).

As principais diferenças entre as empresas estatais e as sociedades de economia mista são as seguintes<sup>123</sup>:

<b>Empresas Estatais</b>	<b>Sociedade de Economia Mista</b>
Capital constituído por recursos provenientes integralmente de pessoas de Direito Público ou de entidades de sua Administração indireta.	Conjugação de recursos particulares com recursos provenientes de pessoas de Direito Público ou de entidades de sua Administração indireta.
Podem adotar quaisquer formas societárias admitidas em Direito, inclusive a forma de sociedade “unipessoal”.	Assumem obrigatoriamente a forma de sociedade anônima.
Ações em que as empresas públicas compareçam como autoras, rés, assistentes ou opoentes são processadas e julgadas perante a Justiça Federal (há exceções).	As ações relativas às sociedades de economia mista são apreciadas pela Justiça Estadual.

Mas estes diferenciais, que decorrem da definição legal de empresas públicas e sociedades de economia mista, não são os únicos. No próximo item, serão analisadas importantes diferenças entre as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e as que exercem atividade econômica em sentido estrito.

<sup>123</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, págs. 197-198.

### 5.3. Regime Jurídico

Por se constituírem em entidades pertencentes à administração indireta do Estado, sendo, dessa forma, instrumentos de atuação do próprio Estado na busca do interesse público, as empresas públicas e sociedades de economia mista recebem forte influxo das normas de Direito Público:

O traço nuclear das empresas estatais, isto é, das empresas públicas e sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo insculpido em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certo norte para a interpretação dessas pessoas. Consequentemente, aí está o critério retor para a interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente aplicáveis, pena de converter-se o acidental – suas personalidades de Direito Privado – em essencial, e o essencial – seu caráter de sujeitos auxiliares do estado – em acidental<sup>124</sup>.

A Constituição Federal estabelece normas específicas que diferenciam o regime jurídico das empresas estatais e das sociedades de economia mista daquele das empresas constituídas unicamente sob a égide do Direito Privado. Dentre essas normas, as seguintes são ressaltadas por Sílvio Luís Ferreira da Rocha.

Destacamos, entre elas: (a) os atos lesivos ao seu patrimônio podem ser anulados por ação popular (art. 5º, LXXIII); (b) seus dirigentes candidatos devem se incompatibilizar no prazo legal; (c) seus atos estão submetidos aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37); (d) devem realizar concurso público de provas ou de provas e títulos para preenchimento de cargos ou empregos (art. 37, II); (e) somente podem ser criadas por lei (art. 37, XIX). A subsidiária depende de autorização legislativa (art. 37, XX); (f) os atos estão submetidos ao controle do Congresso Nacional e do tribunal de Contas (art. 49, X, e 71, II, III e IV); (g) a proibição de acumular cargos públicos estende-se a elas<sup>125</sup>.

Felipe Machado Guedes afirma que as empresas estatais e sociedades de economia mista não podem atuar como empresas meramente privadas, estando submetidas a um regime jurídico híbrido.

Assim, as empresas estatais estão submetidas a um regime jurídico híbrido, essencialmente semelhante às empresas privadas, mas, inevitavelmente, sujeitas a derivações de Direito Público, como, por exemplo, a observância dos princípios gerais da Administração Pública previstos no artigo 37, caput, CF, a realização de concurso público (artigo 37, II, CF) e o controle do Tribunal de Contas da União (artigo 70, caput, CF)<sup>126</sup>.

<sup>124</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 199.

<sup>125</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Op. Cit.*, pág. 140.

<sup>126</sup> GUEDES, Felipe Machado. *As Empresas Estatais e o Direito Societário* in ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pág. 215.

Não obstante haver sólida doutrina e jurisprudência a respeito, o regime jurídico das empresas estatais e sociedades de economia mista será melhor definido pela lei a que se refere o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal<sup>127</sup>.

Além de abranger temas típicos de direito administrativo (v.g. flexibilização de procedimentos para contratação), seria importante que o diploma legal definisse melhor o sentido e alcance da atuação empresarial do estado, bem como instituísse mecanismos de controle social e adequasse a estrutura e funcionamento dos órgãos societários à feição publicista da companhia. As novas normas terão efeito derogatório da legislação societária comum, aprofundando o regime especial que incide sobre a sociedade de economia mista, previsto no capítulo XIX da Lei 6.404/76, sem conflitar com preceito constitucional que determina a equiparação às empresas privadas<sup>128</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece diferenciais entre o regime jurídico das empresas estatais e sociedades de economia mista que exercem atividade econômica e o daquelas que prestam serviços públicos.

No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas – às quais cabe a senhoria no campo econômico – compreende-se que estejam, em suas atuações, submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais. Daí haver o Texto Constitucional estabelecido que em tais hipóteses regular-se-ão pelo regime próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, II). Advirta-se, apenas, que há um grande exagero nesta dicção da Lei Magna, pois ela mesma se encarrega de desmentir-se em inúmeros outros artigos, como além será demonstrado.

No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promover a realização de obras públicas), é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole<sup>129</sup>.

Dentre esses diferenciais, podem ser citados:

(a) a imunidade tributária recíproca de que trata a Constituição Federal, artigo 150, VI, “a”, aplica-se também às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos (RE 601392/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/02/2013);

<sup>127</sup> § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

<sup>128</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 217.

<sup>129</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 203.

(b) as empresas estatais que exercem atividade pública essencial submetem-se ao regime de precatórios (RE 852227 /AL, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03/02/2015);

(c) as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público submetem-se à regra do concurso público, para a contratação de funcionários (RE 790997 / RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 09/09/2014), bem assim devem motivar as demissões (AI 651512 AgR-ED / RS, Rel. Min. Ricardo Lewandoski, j. 26/11/2013);

(d) são impenhoráveis os bens, rendas e serviços das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público (RE 229696/PE, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 16/11/2000 e AC 669/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. 06/10/2005).

Encontra-se em Repercussão Geral, no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário 600.867 / SP, que trata da imunidade recíproca estabelecida pelo artigo 150, VI, “a”, da Constituição Federal<sup>130</sup> às sociedades de economia mista que prestam serviço público com objetivo de lucro:

**TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DISPERSA E NEGOCIADA EM BOLSA DE VALORES. EXAME DA RELAÇÃO ENTRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS E O OBJETIVO DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS A INVESTIDORES PÚBLICOS E PRIVADOS COMO ELEMENTO DETERMINANTE PARA APLICAÇÃO DA SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL. ART. 150, VI, A DA CONSTITUIÇÃO.** Tem repercussão geral a questão consistente em saber se a imunidade tributária recíproca se aplica a entidade cuja composição acionária, objeto de negociação em Bolsas de Valores, revela inequívoco objetivo de distribuição de lucros a investidores públicos e privados.

O Tribunal já havia se manifestado, no AI 558682 AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 29/05/2012, pelo condicionamento da imunidade tributária recíproca apenas às sociedades de economia mista que atuam como instrumentos do Estado:

**AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS JUDICIAIS (SUCUMBÊNCIA). PARTILHA PROPORCIONAL. No julgamento do RE 253.472 (rel. min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 25.08.2010), esta Corte reconheceu que a imunidade tributária recíproca aplica-se às sociedades de economia mista que caracterizam-se inequivocamente como instrumentalidades estatais (sociedades de economia mista “anômalas”). O foco na obtenção de lucro, a transferência do benefício a particular ilegítimo**

<sup>130</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. (...) VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; (...).

ou a lesão à livre iniciativa e às regras de concorrência podem, em tese, justificar o afastamento da imunidade (...).

Os acórdãos colacionados acima refletem a “autarquização” das sociedades de economia mista pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na visão de Henrique Motta Pinto e Mario Engler Pinto Junior:

O tratamento diferenciado em função da natureza da atividade exercida tem raízes na interpretação restritiva do art. 173, § 1º, da Constituição Federal (na redação da Emenda n. 19, de 1998), que prevê a edição de lei de alcance nacional para estabelecer o estatuto jurídico das empresas estatais “que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”, as quais ficarão sujeitas a regime próprio das empresas privadas. O Supremo Tribunal Federal decidiu que o dispositivo não alcança a empresa estatal prestadora de serviço público, o que, na prática, significa equipará-la a uma autarquia<sup>131</sup>.

Os referidos acórdãos introduzem também a questão das sociedades de economia mista “anômalas”, que, na prática, atuam como empresas públicas. Há um grande número de sociedades de economia mista cuja quase totalidade do capital está nas mãos do Estado, compondo-se o restante do quadro societário por poucos acionistas privados, usualmente membros do Conselho de Administração<sup>132</sup>, que detêm uma quantidade irrisória de ações, ainda assim com o compromisso de revende-las ao acionista controlador ou à própria sociedade quando de seu desligamento da companhia.

Esse tipo de composição acionária que torna a sociedade de economia mista praticamente equivalente à empresa pública se dá, principalmente, no âmbito dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. Enquanto a União pode constituir empresas públicas *sui-generis*, com o tipo societário que melhor se adapte às características da atividade que irá desenvolver, os outros entes federativos precisam se ater, necessariamente, aos tipos societários existentes, uma vez que, de acordo com a Constituição Federal, artigo 22, I<sup>133</sup>, legislar sobre direito comercial compete privativamente à União. Dessa forma, a escolha acaba por recair nas sociedades anônimas, porém com uma composição acionária bastante concentrada no ente instituidor.

<sup>131</sup> PINTO, Henrique Motta; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresas Estatais*. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 36.

<sup>132</sup> Nas Sociedades Anônimas, os membros do Conselho de Administração devem ser obrigatoriamente acionistas da companhia.

<sup>133</sup> **Art. 22.** Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...)

Em resumo, pode-se classificar o regime jurídico das sociedades de economia mista nos seguintes grupos:

- (1) **Sociedades de economia mista que exercem atividade econômica em sentido estrito.** O regime jurídico é basicamente de Direito Privado, para evitar concorrência desleal com as empresas privadas atuantes no mercado. Mesmo assim, por serem entidades pertencentes à Administração Pública Indireta, o regime jurídico de Direito Privado sofre diversas derrogações previstas na própria Constituição Federal (ver nota de texto nº 129).
- (2) O mesmo regime jurídico, basicamente de Direito Privado, com as derrogações assinaladas, aplica-se **às sociedades de economia mista que prestam serviço público, mas com composição acionária pulverizada e visando à distribuição de lucros.**
- (3) **Sociedades de economia mista “anômalas”,** que atuam como instrumentos do Estado e se assemelham às empresas públicas unipessoais. O regime jurídico de Direito Privado sofre derrogações extensas, como a imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, “a”), a execução de débitos pelo regime de precatórios e a impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços.

A submissão das empresas públicas e sociedades de economia mista a regime jurídico de Direito Privado, com as derrogações apontadas no subitem precedente, visa defender a livre concorrência, impedindo que as empresas estatais desfrutem de posição privilegiada, ao mesmo tempo em que tem por objetivo protegê-las, evitando que exigências decorrentes da aplicação integral do regime de Direito Público pudessem sufocá-las em um mercado competitivo.

Por essa razão, as derrogações do regime jurídico de Direito Privado, para sujeição das empresas estatais a normas de Direito Público, são maiores e mais abrangentes para as empresas estatais que não atuam em ambiente competitivo (monopólios) ou que o fazem em situação de exclusividade ou em que a competição,

ainda que existente, é altamente controlada por normas de Direito Público (prestação de serviços públicos, por exemplo), chegando à situação de quase equiparação a autarquias, no caso de sociedades unipessoais constituídas pelo Estado como simples instrumentos para sua atuação.

## 6. Características das Sociedades de Economia Mista

Esta seção analisa três importantes características da sociedade de economia mista: (i) criação autorizada por lei; (ii) constituição na forma de sociedade anônima e (iii) controle acionário e gestão do Estado.

### 6.1. Autorização Legislativa para Criação de Empresas Estatais

A constituição das empresas estatais, tanto empresas públicas, como sociedades de economia mista, depende de autorização legal. Esse preceito encontra-se na Constituição Federal, no artigo 39, inciso XIX<sup>134</sup>, XX<sup>135</sup>, no que tange à constituição de subsidiárias, e no Decreto-lei nº 200, artigo 5º, inciso II<sup>136</sup> e III<sup>137</sup>.

É importante observar que, embora a legislação, e por vezes a doutrina, fale em “criação por lei”, na realidade a lei específica apenas autoriza a sua constituição:

Ademais, cabe ressaltar que a lei autorizadora não efetivamente constituirá uma empresa estatal, mas sim apenas autorizará a sua constituição, uma vez que a efetiva constituição de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista dependerá do cumprimento de todas as formalidades previstas na legislação do Direito Empresarial, conforme a forma societária adotada (no caso das empresas públicas)<sup>138</sup>.

Todos os entes federativos podem editar leis autorizando a criação de empresas estatais, não havendo mais discussão doutrinária a respeito. Entretanto, na

---

<sup>134</sup> “Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a constituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

<sup>135</sup> “Depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

<sup>136</sup> “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”.

<sup>137</sup> “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”.

<sup>138</sup> SCHIRATO, Vítor Rhein. *Op. Cit.*, pág. 212.

visão de Mario Engler Pinto Junior, apenas a União pode estabelecer derrogações ao regime jurídico estabelecido pela Lei das Sociedades Anônimas.

O recurso à forma societária não constitui prerrogativa exclusiva da União, sendo também admitido pelos Estados e Municípios. A lei estadual ou municipal que autoriza a constituição de empresa pública ou sociedade de economia mista deve aceitar integralmente o modelo previsto na lei 6.404/76, não lhe sendo facultado alterar as normas de ordem pública previstas naquele diploma legal, para melhor adequá-las às peculiaridades locais. Isso porque falta aos entes subnacionais competência legislativa em matéria de direito civil e comercial, que é privativa da União nos termos do artigo 22, I, da Constituição da República<sup>139</sup>.

A necessidade de autorização legal para a criação das sociedades de economia mista, embora preceito constitucional, não solucionou a questão da criação espontânea desse tipo de associação entre o Estado e investidores privados.

Já em 1965, Barros Leães admitia a formação espontânea da associação entre o Estado e investidores particulares quando, por razões diversas, o Estado assumisse uma posição acionária em uma sociedade privada, participando de sua gestão. Para abrigar essas hipóteses, o autor assim conceituava sociedade de economia mista;

Aquela em que se verifica, provisória ou definitivamente, sob uma estrutura de direito privado, via de regra de sociedade por ações, a participação financeira de pessoas públicas ao lado dos particulares no capital da empresa, de cuja administração participam ambos os sócios, de forma a conciliar os interesses econômicos dos acionistas privados com o interesse público, podendo ou não reger-se por normas especiais, derogadoras do direito comum<sup>140</sup>.

Na época, a doutrina quase unanimemente considerava a criação legal como característica essencial das sociedades de economia mista. Barros Leães colaciona a bibliografia de nada menos que dezesseis autores da mais alta expressão adotando essa posição.

Em 1982, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o caso da Banrio Crédito Imobiliário, reafirmou a necessidade de autorização legislativa para a caracterização da sociedade de economia mista:

**SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. COM ELA NÃO SE CONFUNDE A SOCIEDADE SOB O CONTROLE ACIONÁRIO DO PODER PÚBLICO. E A SITUAÇÃO ESPECIAL QUE O ESTADO SE ASSEGURA, ATRAVÉS DA LEI CRIADORA DA PESSOA JURÍDICA, QUE A CARACTERIZA COMO**

<sup>139</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 216.

<sup>140</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *O Conceito Jurídico de Sociedade de economia Mista*. Revista de Direito Administrativo – RDA, vol. 79, Rio de Janeiro: FGV, 1965. pág. 20. Disponível na Internet em formato PDF em [HTTP://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26726](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26726), acesso em 16 de novembro de 2015, 20:30 h.

**SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA (RE 91.035-RJ, Relator Ministro Rafael Mayer, Julgamento em 26/06/1979)**

Em 2004, entretanto, a posição do Tribunal havia se alterado: a Suprema Corte, acolhendo o voto do relator Ministro Eros Grau, decidiu que o Hospital Cristo Redentor S.A., do Distrito Federal, caracterizava-se como sociedade de economia mista para efeitos do artigo 37, inciso XVII, da Constituição Federal, embora não houvesse sido criado por lei.

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONCEITO. CONCEITOS JURÍDICOS. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. NÃO-EXERCÍCIO DO DIREITO DE OPÇÃO NO PRAZO LEGAL. MÁ-FÉ CONFIGURADA.** 1. Para efeitos do disposto no art. 37, XVII, da Constituição são sociedades de economia mista aquelas --- anônimas ou não --- sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido "criadas por lei". 2. Configura-se a má-fé do servidor que acumula cargos públicos de forma ilegal quando, embora devidamente notificado para optar por um dos cargos, não o faz, consubstanciando, sua omissão, disposição de persistir na prática do ilícito. 3. Recurso a que se nega provimento. (RMS 24.249-DF, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 14/09/2004).

Se com a Constituição Federal de 1988 tornou-se clara a necessidade de autorização legislativa para a criação das sociedades de economia mista, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello não seria razoável que as estatais “clandestinas” pudessem fugir dos limites e contenções a que estão sujeitas as que são criadas em obediência os preceitos legais:

(...) Esse desmando já ocorreu no Brasil inúmeras vezes, como dantes se averbou, e as pessoas assim nascidas aí estão há muitos anos. Entendemos que – apesar de haverem irrompido defeituosamente no mundo jurídico – a circunstância de se constituírem em realidade fática da qual irrompeu uma cadeia de ralações jurídicas pacificamente aceitas impõe que as considere assujeitadas a todos os limites e contenções aplicáveis a sociedades de economia mista ou empresas públicas regularmente constituídas, até que sejam extintas ou sanado o vício de que se ressentem. Com efeito, seria o maior dos contrassensos entender que a violação do Direito, ou seja, sua mácula de origem, deva funcionar como passaporte para que se libertem das sujeições a que estariam submissas se a ordem jurídica houvesse sido respeitada<sup>141</sup>.

Vítor Rhein Schirato chega a considerar as sociedades privadas adquiridas pelo Poder Público sem autorização legislativa como uma terceira espécie de empresa estatal.

O termo Empresas Estatais inclui no direito brasileiro três espécies de entidades, quais sejam, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, bem como aquelas demais sociedades existentes e controladas pela

<sup>141</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 309.

iniciativa privada que vieram a ser adquiridas pelo Poder Público sem autorização legislativa específica ou sem observar os procedimentos aplicáveis às empresas públicas ou sociedades de economia mista<sup>142</sup>.

A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello é a que melhor atende aos objetivos do sistema normativo nacional, submetendo às limitações constitucionais e à fiscalização dos órgãos de controle do Estado as empresas constituídas ou adquiridas sem a devida autorização legal. Assinale-se que as companhias assim constituídas ou adquiridas devem se submeter integralmente à Lei 6.404/76, pois eventuais derrogações ao regime jurídico societário devem ser estabelecidas pela lei que autoriza a criação da sociedade.

## 6.2. Constituição como Sociedades Anônimas

Segundo determina o Decreto-Lei nº 200, artigo 5º, III, as sociedades de economia mista devem ser constituídas obrigatoriamente na forma de sociedades anônimas, que são reguladas pela Lei 6.404/76.

As sociedades de economia mista são especificamente tratadas nos artigos 235 a 240 da Leis das Sociedades Anônimas, compondo o seu Capítulo XIX – Sociedades de Economia Mista<sup>143</sup>. Esses dispositivos legais serão, aqui, sucintamente analisados.

### 6.2.1. Legislação Aplicável às Sociedades de Economia Mista

O artigo 235<sup>144</sup> estabelece que as sociedades de economia mista estão sujeitas à Lei das Sociedades Anônimas, “sem prejuízo das disposições especiais de lei federal”. Na visão de Nelson Eizirick:

As normas de direito público aplicáveis à sociedade de economia mista concentram-se em duas áreas: (i) nas suas relações com a pessoa jurídica que a instituiu; e (ii) nos seus mecanismos de controle, mediante procedimentos como a supervisão ministerial e a fiscalização do emprego de recursos públicos por parte do Tribunal de Contas.

É esse o sentido e o alcance do *caput* desse artigo, ao dispor que a sociedade de economia mista rege-se pelas disposições da Lei das S.A., as quais deixam de ser aplicadas havendo dispositivos especiais de lei federal. Ou

<sup>142</sup> SCHIRATO, Vítor Rhein. *Novas Anotações sobre as Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo – RDA, vol. 239. Rio de Janeiro: FGV, 2004, pág. 210.

<sup>143</sup> O artigo 241 foi revogado pelo Decreto-lei 2.287/86 e o artigo 242 pela Lei 10.303, de 2001.

<sup>144</sup> **Artigo 235.** As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal. **§ 1º.** As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários. **§ 2º.** As companhias de que participem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste capítulo.

seja, a sociedade de economia mista, em princípio, é regida pelas mesmas normas que disciplinam as demais sociedades por ações, as quais somente podem ser afastadas quando houver previsão legal expressa a respeito em norma de direito público<sup>145</sup>.

O parágrafo segundo do artigo 235 afasta a aplicação do Capítulo XIX da Lei 6.404/76 às companhias de que a sociedade de economia mista participe.

Nelson Eizirick interpreta restritivamente este dispositivo, que alcançaria tão somente as participações em companhias não criadas por lei, nos termos do artigo 37, XX, da Constituição Federal.

A norma do § 2º exclui da qualificação de sociedade de economia mista e do regime legal a ela aplicável as sociedades não criadas por lei, mas de cujo capital participe a sociedade de economia mista. A Constituição Federal prevê a existência das subsidiárias de economia mista criadas por lei específica (artigo 37, inciso XX), que são denominadas de “segundo grau” ou de “segunda geração”, e às quais se aplica o mesmo regime jurídico que regula as atividades de sua controladora<sup>146</sup>.

Luís Roberto Barroso acrescenta que não é necessário que a lei específica a que se refere o inciso XX do artigo 37 da Constituição Federal<sup>147</sup> indique expressamente a empresa em que deverá ser feito o investimento: “a expressão constitucional ‘em cada caso’ poderá ser entendida como indicativa da área ou atividade específica a ser contemplada”<sup>148</sup>.

### **6.2.2. Constituição e Aquisição de Controle**

O *caput* artigo 236<sup>149</sup> da Lei 6.404/76 preceitua a necessidade de autorização legislativa para a constituição de sociedade de economia mista. Essa determinação legal já constava do artigo 5º, III, do Decreto-lei 200/67, tendo se tornado mandamento constitucional na Carta Magna de 1988 (artigo 37, inciso XIX).

O parágrafo único do mencionado artigo 236 confere o direito de acionista de companhia privada solicitar o reembolso de suas ações, na hipótese de aquisição de seu controle por desapropriação promovida por pessoa jurídica de direito público.

<sup>145</sup> EIZIRICK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pág. 297.

<sup>146</sup> EIZIRICK, Nelson. *Op. Cit.*, pág. 301.

<sup>147</sup> CF, art. 37, XX. Depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

<sup>148</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Regime Jurídico das Empresas Estatais* in Revista de Direito Administrativo – RDA, nº 242. Rio de Janeiro: FGV, 2005, pág.90.

<sup>149</sup> **Art. 236.** A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa. **Parágrafo único.** Sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento, os acionistas terão direito de pedir, dentro de 60 (sessenta) dias da publicação da primeira ata da assembleia-geral realizada após a aquisição do controle, o reembolso das suas ações; salvo se a companhia já se achava sob o controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessionária de serviço público.

O preceito legal tem sua razão de ser, pois as sociedades de economia mista, como já visto, são entidades que visam à consecução de interesses coletivos relevantes, o que pode reduzir as expectativas de retorno financeiro dos acionistas da companhia adquirida que, por essa razão, têm o direito de se retirar da sociedade quando o seu controle acionário passa direta ou indiretamente ao Estado.

Nelson Eizirick, entretanto, considera que o dispositivo tem alcance bastante limitado:

O parágrafo único trata de hipótese remota já na época da promulgação da Lei das S.A., hoje praticamente impossível politicamente, qual seja, a desapropriação por parte do poder público do controle de companhia em funcionamento. Ocorrendo a eventual transferência do controle do setor privado para o poder público mediante desapropriação, o acionista dissidente poderá pedir o reembolso de suas ações<sup>150</sup>.

### **6.2.3. Objeto Social**

As sociedades de economia mista são criadas mediante autorização legal (Constituição Federal artigo 37, XIX e XX); Decreto-lei nº 200/67, artigo 5º; Lei 6.404/76, artigo 236), para cumprir missão pública visando ao atendimento de relevante interesse coletivo.

A missão conferida à sociedade de economia mista deve estar refletida no objeto social da sociedade, de acordo com os artigos 237<sup>151</sup> da Lei das S.A., estabelecido de modo “preciso e completo”, como preceitua o artigo 2º, § 2º<sup>152</sup>, da mesma Lei.

Na visão de Modesto Carvalhosa, o artigo 237 da Lei Societária reflete o princípio da estrita legalidade, com a rigorosa observância, pelos administradores da companhia, do objeto social estabelecido na lei que autorizou a criação da sociedade de economia mista. Acrescenta o autor:

Assim o objeto da sociedade mista é oriundo de lei de natureza administrativa, na medida em que dá atribuições a entidade econômico-

<sup>150</sup> EIZIRICK, Nelson. *Op. Cit.*, pág. 305.

<sup>151</sup> **Art. 237.** A companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição. **§ 1º.** A companhia de economia mista somente poderá participar de outras sociedades quando autorizada por lei no exercício de opção legal para aplicar Imposto sobre a Renda ou investimentos para o desenvolvimento regional ou setorial. **§ 2º.** As instituições financeiras de economia mista poderão participar de outras sociedades, observadas as normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil.

<sup>152</sup> **Art. 2º.** Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. **§ 1º.** Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio. **§2º.** O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo. **§ 3º.** A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

empresarial integrante da administração indireta (art. 5º do Decreto-lei n. 200).

Tanto é assim que não pode a assembleia geral mudar esse objeto legalmente ordenado, uma vez que ele pressupõe o interesse público primário que determinou a criação da sociedade de economia mista<sup>153</sup>.

Nelson Eizirick acrescenta que a definição precisa e completa do objeto social auxilia o investidor interessado na aquisição de ações da companhia a avaliar o empreendimento econômico e seus riscos. “Isto porque o objeto social vincula-se à atividade empresarial da companhia, caracterizado pelo exercício de uma prática para atingir o seu escopo lucrativo”<sup>154</sup>.

Adicionalmente, como afirma Mario Engler Pinto Junior, o estatuto social contribui positivamente para reduzir o conflito entre o acionista controlador estatal e os acionistas minoritários privados, uma vez que torna clara a missão social da companhia:

(...) A medida é importante para dar mais transparência e previsibilidade a respeito do impacto do custo das políticas públicas no resultado financeiro da companhia. Também contribui positivamente para reduzir os conflitos entre acionista controlador público e acionistas minoritários de mercado, na medida em que se afasta o fator surpresa no convívio societário e permite a precificação mais acurada do risco político que norteia a decisão de investimento privada. (...) <sup>155</sup>.

#### **6.2.4. Acionista Controlador**

O artigo 238 da Lei das Sociedades Anônimas<sup>156</sup> interessa diretamente ao tema central deste trabalho – o potencial conflito de interesses entre o Estado e os acionistas privados – e, assim, voltará a ser abordado na seção 7 deste trabalho.

O artigo 116<sup>157</sup> da Lei referida estabelece três requisitos cumulativos para a caracterização do acionista controlador da companhia: (i) a maioria dos votos nas

<sup>153</sup> CARVALHOSA, Modesto, *Op. Cit.*, 2009, pág. 400.

<sup>154</sup> EIZIRICK, Nelson. *Op. Cit.*, pág. 308.

<sup>155</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 277.

<sup>156</sup> **Art. 238.** A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

<sup>157</sup> **Art. 116.** Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: **a)** é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e **b)** usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. **Parágrafo único.** O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

deliberações da assembleia geral; (ii) o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade e (iii) o uso efetivo do poder de controle para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia<sup>158</sup>.

Como já observado, as sociedades de economia mista, embora constituídas com personalidade de Direito Privado, submetem-se a um regime jurídico híbrido, com forte influxo de normas de Direito Público, pois estão cingidas à consecução do interesse público que determinou sua criação.

Embora apresente uma estrutura jurídica de direito privado, a sociedade de economia mista é necessariamente constituída para alcançar objetivos de interesse público, disciplinados na lei que a instituiu. O seu regime jurídico não é integralmente privado, uma vez que ela se submete, em diversos aspectos, às regras de direito público, basicamente para alcançar os objetivos que justificaram a sua criação. Trata-se, assim, de pessoa jurídica de direito privado *sui generis*, posto que integrante da Administração indireta do Estado, sujeita aos controles do Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas e cujos administradores, nomeados por ato administrativo, são agentes públicos<sup>159</sup>.

Na visão de Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, o acionista controlador de qualquer sociedade anônima exerce a soberania societária, sujeitando-se a deveres e responsabilidades próprias.

Mas a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um *direito-função*, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas. Assim também no que diz respeito ao poder de controle, na estrutura da sociedade anônima. (...) <sup>160</sup>.

O artigo 117 da Lei das S/A<sup>161</sup> estabelece um rol exemplificativo de atitudes do controlador da sociedade anônima que configuram abuso do poder de controle.

<sup>158</sup> EIZIRICK, Nelson. *Op. Cit.*, pág. 311.

<sup>159</sup> EIZIRICK, Nelson. *Op. Cit.*, pág. 312.

<sup>160</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, pág. 363.

<sup>161</sup> **Art. 117.** O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. **§ 1º** São modalidades de exercício abusivo de poder: **a)** orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; **b)** promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; **c)** promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; **d)** eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; **e)** induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia geral; **f)** contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; **g)** aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade. **h)** subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. (...).

No caso das sociedades de economia mista, o Estado pode também abusar de seu poder de controle. Embora existam divergências sobre a forma ideal de composição do potencial conflito de interesses entre os acionistas minoritários privados (lucro) e o acionista controlador estatal (interesse público primário), a doutrina é unânime em considerar que orientar a sociedade de economia mista para o atendimento de interesses pessoais, partidários, ou mesmo para o atendimento de interesse público secundário, constitui desvio de poder e abuso do poder de controle.

Ao constituir determinada empresa estatal, o Estado visa à produção de determinado bem ou serviço, para atender a algum objetivo de política pública, ou porque o capital privado não tem condições ou interesse em produzi-lo, ou, ainda, porque se decidiu excluir aquela atividade da esfera privada. Ocorre que, frequentemente, o Estado atribui-lhe objetivos complementares, não necessariamente vinculados aos que inspiraram sua instituição, como praticar preços inferiores ao do mercado, gerar empregos, ou promover o desenvolvimento de determinada região. Ademais, verifica-se a utilização da estatal para desenvolver políticas clientelísticas, como, por exemplo, orientar operações de crédito ou de compras para atender interesses específicos ou adotar, em relação a seus empregados, políticas de remuneração e benefícios fora dos padrões de mercado<sup>162</sup>.

O abuso de poder de controle, nos casos exemplificados acima, verifica-se pela adoção de políticas que não dizem respeito ao objeto social da companhia e não visam aos seus interesses, conforme dispõe o artigo 117, parágrafo primeiro, letra “c”.

#### **6.2.5. Conselho de Administração – Deveres dos Administradores**

O artigo 239<sup>163</sup> da Lei acionária estabelece que as sociedades de economia mista devem obrigatoriamente constituir e manter em funcionamento conselho de administração, o que não seria mandatário para as sociedades anônimas privadas não abertas, assegurando-se aos minoritários a eleição de pelo menos um membro do conselho.

Além da faculdade de eleger um membro do conselho de administração, conferida pelo caput do artigo 239, os acionistas minoritários podem requerer a adoção da sistemática de voto múltiplo para a eleição dos membros daquele órgão, nos termos do artigo 141 da mesma lei<sup>164</sup>, se essa disposição legal não tiver sido

<sup>162</sup> EIZIRICK, Nelson. *Op. Cit.*, pág. 315.

<sup>163</sup> **Art. 239.** As companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, assegurado à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo. **Parágrafo único.** Os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas.

<sup>164</sup> **Art. 141.** Na eleição dos conselheiros, é facultado aos acionistas que representem, no mínimo, 0,1 (um décimo) do capital social com direito a voto, esteja ou não previsto no estatuto, requerer a adoção do processo de voto múltiplo, atribuindo-se a cada ação tantos votos quantos sejam os membros do

derrogada, na sociedade mista federal, pela lei específica que autorizou a sua constituição.

Nas sociedades mistas de capital aberto, os acionistas minoritários e os titulares de ações preferenciais elegem representantes para o Conselho de Administração, nos termos do já referido artigo 141.

Na companhia aberta de economia mista, também têm o direito de eleger e destituir um membro e seu suplente, em votação em separado, da qual é excluído o acionista controlador, a maioria dos titulares, respectivamente: (i) de ações com direito a voto que representem, pelo menos, 15% (quinze por cento) do total das ações votantes; e (ii) de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito que representem, no mínimo, 10% (dez por cento) do capital social. Se os acionistas acima mencionados não perfizerem o quórum exigido, poderão agregar suas ações para elegerem em conjunto um membro e seu suplente (artigo 141)<sup>165</sup>.

Desde 2010, segundo o que dispõe a Lei 12.351, os empregados das sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, têm o direito de eleger um representante para o respectivo Conselho de Administração.

As sociedades de economia mista, suas subsidiárias, controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto são obrigadas, desde 28 de dezembro de 2010, a prever em seus estatutos sociais a participação nos seus conselhos de administração de representantes dos trabalhadores. Essa regra não se aplica às empresas que tenham um número inferior a 200 (duzentos) empregados próprios<sup>166</sup>.

Nas sociedades de economia mista, em vista da obrigatoriedade de constituição e funcionamento do conselho de administração, o poder do controlador estatal se manifesta na sociedade através desse órgão, o que, na avaliação de Mário Engler Pinto Junior apresenta inúmeras vantagens, melhorando substancialmente a qualidade das políticas empresariais e conferindo à sociedade capacidade de reação às mudanças em seu ambiente de negócios<sup>167</sup>.

---

conselho, e reconhecido ao acionista o direito de cumular os votos num só candidato ou distribuí-los entre vários. (...) § 4º. Terão direito de eleger e destituir um membro e seu suplente do conselho de administração, em votação em separado na assembleia geral, excluído o acionista controlador, a maioria dos titulares, respectivamente: I - de ações de emissão de companhia aberta com direito a voto, que representem, pelo menos, 15% (quinze por cento) do total das ações com direito a voto; e II - de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito de emissão de companhia aberta, que representem, no mínimo, 10% (dez por cento) do capital social, que não houverem exercido o direito previsto no estatuto, em conformidade com o art. 18. § 5º- Verificando-se que nem os titulares de ações com direito a voto e nem os titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito perfizeram, respectivamente, o quórum exigido nos incisos I e II do § 4º, ser-lhes-á facultado agregar suas ações para elegerem em conjunto um membro e seu suplente para o conselho de administração, observando-se, nessa hipótese, o quórum exigido pelo inciso II do § 4º. (...).

<sup>165</sup> EIZIRICK, Nelson. *Op. Cit.*, pág. 317.

<sup>166</sup> EIZIRICK, Nelson. *Op. Cit.*, pág. 318.

<sup>167</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 177.

### **6.2.6. Conselho Fiscal**

Nas sociedades de economia mista, o conselho fiscal deve ter funcionamento permanente, segundo o que dispõe o artigo 240<sup>168</sup> da Lei das Sociedades Anônimas.

Nas sociedades anônimas privadas, o conselho fiscal tem funcionamento nos exercícios em que a assembleia geral assim deliberar (artigo 161, *caput*<sup>169</sup>).

O conselho fiscal tem importante função de fiscalização dos atos dos administradores da companhia, sob os aspectos de sua legalidade e regularidade. O conselho fiscal não pode, entretanto, avaliar o mérito dos atos de gestão.

O conselho fiscal tem como função exercer a constante fiscalização sobre os órgãos de administração da companhia, o conselho de administração e a diretoria. Sua atuação fiscalizadora centra-se no exame das contas e da regularidade e legalidade dos atos de gestão. O controle sobre as contas é exercido com base em documentos de produção obrigatória por parte da administração, consistindo no acompanhamento dos negócios da companhia, aferindo sua regularidade mediante o exame dos registros contábeis<sup>170</sup>.

### **6.2.7. Falência de Sociedade de Economia Mista**

Originalmente, o artigo 242 da Lei 6.404/76 estabelecia que as sociedades de economia mista não se sujeitavam à falência, mas o acionista controlador seria responsável subsidiariamente por seus débitos. O artigo determinava ainda que os bens da sociedade poderiam ser penhorados e executados.

A Lei 10.303/2001 revogou o artigo 242 da Lei da S/A, ficando as companhias mistas, então, sujeitas à falência. Entretanto, o artigo 2º da Lei 11.101/2005<sup>171</sup> – Lei de Recuperação e Falência de Empresas – restabeleceu a

<sup>168</sup> **Art. 240.** O funcionamento do conselho fiscal será permanente nas companhias de economia mista; um dos seus membros, e respectivo suplente, será eleito pelas ações ordinárias minoritárias e outro pelas ações preferenciais, se houver.

<sup>169</sup> **Art. 161.** A companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas. (...).

<sup>170</sup> EIZIRICK, Nelson. *Op. Cit.*, pág. 321.

<sup>171</sup> **Art. 2º.** Esta Lei não se aplica a: **I** – empresa pública e sociedade de economia mista; **II** – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

imunidade falimentar das sociedades de economia mista, juntamente com a das empresas públicas.

Quanto à penhorabilidade e possibilidade de execução dos bens da sociedade de economia mista, tanto a doutrina, como a jurisprudência, manifestam-se no sentido de serem impenhoráveis bens, rendas e serviços das empresas estatais que prestam serviço público.

### 6.3. Controle Acionário e Gestão do Estado

É a própria legislação (Decreto-Lei 200, artigo 5º, III) que estabelece que o estado deve deter a maioria das ações com direito a voto das sociedades de economia mista.

Na época, vigia o Decreto-Lei 2.627/40, a antiga Lei das Sociedades Anônimas, que se fundava no princípio do acionista majoritário.

No *sistema majoritário* há uma correlação direta entre risco de capital empregado e mando social. O acionista ou grupo de acionistas que assumiam maior risco de capitais investidos na companhia é que deveria comandá-la. Assim, aqueles possuíam mais de 50% do capital votante eram considerados pela lei de 1940 como os acionistas que teriam os poderes de decisão, de indicação dos administradores e de orientação política da companhia.

(...)

Por outro lado, o Decreto-lei 2.627, de 1940, não outorgava às minorias acionárias qualquer participação institucional nas decisões da assembleia geral, em virtude mesmo do princípio majoritário do poder social<sup>172</sup>.

Já a Lei 6.404, de 1976, que a substituiu, fundamenta-se na figura do acionista controlador.

O poder sobre a companhia torna-se personalizado. Dá-se a esse grupo uma série de prerrogativas de mando que são auto-homologadas pela assembleia geral, que, em última instância, é constituída pelos próprios controladores.

Por outro lado, a Lei 6.404, de 1976, define os deveres e as responsabilidades desse grupo autocrático que governa a sociedade.

Para contrabalançar essa forma oligárquica de poder da companhia, a lei de 1976, bem mais que a anterior, outorga aos acionistas minoritários uma série de direitos específicos de informação, fiscalização e de ação em face dos administradores e dos próprios controladores (arts. 105, 123, 124, 126, 133, 141, 157 e 161 (...))<sup>173</sup>.

Sendo assim, na moderna sociedade de economia mista, se, por um lado não se discute o poder de gerir os negócios da sociedade por seu acionista controlador, o Estado, por outro não pode afastar as participações nas decisões dos acionistas minoritários, bem como de outros grupos interessados, como trabalhadores

<sup>172</sup> CARVALHOSA, Modesto, *Op. Cit.*, 2008, pág. 476.

<sup>173</sup> CARVALHOSA, Modesto, *Op. Cit.*, 2008, pág. 477.

e consumidores, quando também representados no Conselho de Administração da companhia<sup>174</sup>.

A legislação societária brasileira confere proteção adicional aos acionistas não controladores da sociedade de economia mista. A reserva de assento no conselho de administração aumenta o acesso à informação e facilita a integração no processo decisório interno. Por outro lado, o funcionamento contínuo do conselho fiscal, aliado à presença necessária de representantes indicados pelos demais acionistas, amplia a capacidade de fiscalização dos negócios sociais<sup>175</sup>.

Questão polêmica diz respeito à possibilidade do Estado, mediante acordo de acionista, dar condições especiais de voto e gestão a determinado sócio privado. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, é inadmissível que o Estado abra mão de seu poder- dever e responsabilidade de conduzir os negócios sociais.

Com efeito, o que se quer é, precisamente, garantir que seu controle absoluto, que a condução de seus destinos, seja estritamente da alçada do Estado ou de suas criaturas auxiliares, sem que se possa repartir decisões, sejam quais forem, sobre qualquer assunto social com particulares. Note-se que mesmo a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15.12.1976), em seu art. 238, estabelece que a pessoa jurídica que controla a companhia mista, sem prejuízo dos deveres e responsabilidades do acionista controlador, poderá orientá-la de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação<sup>176</sup>.

Essa posição não é unânime. Alexandre Santos de Aragão defende a possibilidade da utilização de acordo de acionistas como uma das formas para a exploração em conjunto da atividade econômica pela Administração Pública e particulares, nas hipóteses em que essa sistemática atenda melhor ao interesse público que a simples privatização. “No caso dos direitos de voto, não é necessário que o Estado abra mão do seu poder de controle, podendo ocorrer a sua mitigação em relação a determinados assuntos sociais, que passam a ser submetidos a um maior poder de influência dos demais sócios”<sup>177</sup>.

Em 1997, a CEMIG decidiu admitir “sócio estratégico”, ofertando à venda parte do capital votante (mediante subscrição e conversão de debêntures), porém mantendo a posição majoritária no capital votante. Para aumentar a atratividade do negócio, a CEMIG comprometia-se, no edital de licitação, a firmar acordo de acionistas que, em brevíssima síntese, conferia ao novo sócio particular três assentos

<sup>174</sup>EIZIRICK, Nelson. *Op. Cit.*, pág. 314.

<sup>175</sup>PINTO, Henrique Motta; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresas Estatais*. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 65.

<sup>176</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pág. 198.

<sup>177</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresa Público-Privada* in ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, págs. 18-19.

na diretoria-executiva e poder de veto sobre decisões em algumas matérias, como distribuição de lucros, financiamentos, dissolução ordinária, fusão, incorporação ou cisão total da sociedade, etc. O acordo de acionistas foi efetivamente firmado com a Southern Electric, vencedora do leilão.

Entretanto, após árdua disputa judicial, e não obstante pareceres favoráveis de renomados juristas, como Adilson Abreu Dallari e Arnaldo Wald, o TJMG anulou o referido acordo de acionistas:

**ADMINISTRATIVO. AÇÕES DE ECONOMIA MISTA. ALIENAÇÃO. NULIDADE DE ACORDO DE ACIONISTAS.**

O acordo celebrado entre as partes, com violação à Lei Estadual nº 11.069/95 e à Constituição do Estado de Minas Gerais, deve ser anulado por configurar perda do controle acionário.

O STJ, em decisão monocrática do Relator do Agravo de Instrumento nº 481.023-MG, Ministro Fernando Gonçalves, que em 05/08/2003 negou provimento ao agravo da Southern Electric, acabou por confirmar a decisão do TJMG. Destaca-se da decisão o trecho seguinte:

O que se depreende dessas estipulações é que delas se valeram os signatários do malsinado acordo de acionistas para burlar a proibição constitucional da venda, sem autorização legal, de ações que assegurem ao Estado, como titular da propriedade da maioria do capital social da CEMIG, o efetivo controle que assumiu, nessa qualidade, sob a égide do interesse público subjacente à própria constituição da empresa.

Em síntese, entenderam o Tribunal Mineiro e o próprio STJ que a cessão de parte dos poderes próprios do acionista controlador configurava, no caso de sociedades de economia mista, a venda do controle acionário.

O caso CEMIG teve grande repercussão, até por opor o Governo Federal ao Governo do Estado de Minas Gerais. É difícil discordar das decisões judiciais que anularam o acordo de acionistas, apesar dos pareceres a ele favoráveis: o princípio da legalidade, expresso no caput do artigo 37 da Constituição Federal, impede que a Administração Pública faça uso de institutos de direito privado sem previsão legal.

Não obstante, poderia ser de grande valia, para a mobilização de recursos privados para atividades que atendam ao interesse público, que a Lei propicie novas formas de atuação conjunta do controlador estatal com os acionistas privados, concedendo a estes um núcleo de poderes efetivos na gestão da sociedade de economia mista

Vistas as características das sociedades de economia mista, abordaremos, na próxima seção, de que forma os interesses antagônicos do acionista controlador –

o Estado – e dos acionistas minoritários – investidores particulares – podem ser harmonizados em benefício da gestão da companhia.

## **7. Conflitos de Interesse entre o Acionista Controlador e os Acionistas Minoritários na Sociedade de Economia Mista**

Esta seção é composta de três tópicos. No primeiro, é discutida a natureza jurídica das sociedades anônimas em geral, abordando-se, ainda que sucintamente as três principais correntes que a explicam: o contratualismo, o institucionalismo e a recente teoria organizativa. Analisam-se, na sequência, os conflitos de interesse nas sociedades anônimas de capitais privados e, por fim, aborda-se o potencial conflito entre os interesses dos acionistas privados – o lucro – e a consecução do interesse público que determinou a criação da companhia pelo Estado, seu acionista controlador.

### **7.1. Natureza Jurídica da Sociedade Anônima**

A análise da natureza jurídica das sociedades anônimas é muito importante para o estudo dos conflitos de interesses entre o acionista controlador e os minoritários. Isso porque a própria definição do interesse dos sócios vai depender da visão do Ordenamento Jurídico sobre a natureza da companhia.

#### **7.1.1. Contratualismo**

O contratualismo clássico identifica o interesse da sociedade com o interesse comum dos sócios:

Os diversos interesses dos sócios produzem, em determinadas matérias, uma coincidência que caracteriza uma comunidade de interesses. Essa comunhão, se vier a manifestar-se de forma a respeitar o fim lucrativo da sociedade e os meios empregados para consegui-lo, dá ensejo à efetiva consecução do objetivo social<sup>178</sup>.

---

<sup>178</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das sociedades Anônimas*. 2º Volume. 4ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 455.

O interesse da companhia, assim, não se confunde com os objetivos de cada sócio individualmente considerado. Dessa forma, cada sócio deve exercer seu direito de voto visando os objetivos comuns:

O interesse legítimo dos sócios deve manifestar-se *uti socii*, ou seja, em função da comunidade de interesses representada pela consecução do objeto social. Se o voto não tem essa condição comunitária, pode ocorrer o conflito de interesses *stricto sensu*, na medida em que o voto é utilizado para efetivar interesse incompatível com o objeto social<sup>179</sup>.

A teoria contratualista evoluiu, passando a considerar elementos externos, além dos interesses dos sócios atuais. Assim, o interesse da sociedade passa a compreender também o interesse dos sócios futuros e, para alguns doutrinadores, também os interesses da própria empresa e da economia nacional.

Dessa forma, embora o voto seja livre, o acionista está juridicamente vinculado a perseguir, através dele, o interesse social. Entende-se este como transcendente ao próprio dos sócios individualmente considerados, a ponto de abranger o seu exercício outros interesses, tais como o dos acionistas futuros e os da empresa, bem como os da economia nacional<sup>180</sup>.

A teoria contratualista, assim formulada, aproxima-se da concepção institucionalista.

### **7.1.2. Institucionalismo**

A teoria institucionalista teve origem na Alemanha, com o trabalho de Walter Rathenau, defendendo a existência de um interesse superior e independente do interesse dos acionistas.

A doutrina institucionalista da “empresa em si” (do original alemão *unternehmen an sich*) foi a base da legislação empresarial alemã decorrente da reforma legislativa de 1937, conferindo à administração predominância sobre a assembleia dos acionistas<sup>181</sup>.

Tal teoria entrou em crise a partir dos anos 50, sendo criticada sobretudo pelo segundo aspecto, denominado negativo e que se traduz em uma tendencial independência (e irresponsabilidade) da administração com relação aos acionistas. A reação completou-se com a lei acionária de 1965, que reforçou

<sup>179</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Op. Cit.*, pág. 456.

<sup>180</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Idem, ibidem*.

<sup>181</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, pág. 32.

o papel da assembleia dos acionistas e os direitos dos acionistas minoritários<sup>182</sup>.

Em seu lugar nasce o institucionalismo atual, denominado por Calixto Salomão Filho de integracionista ou organizativo<sup>183</sup>, reconhecendo que o interesse da sociedade não é apenas o interesse dos sócios, “mas sim um interesse concebido como harmônico e comum aos interesses dos vários tipos de sócios e dos trabalhadores e que se traduz no interesse de preservação da empresa”<sup>184</sup>. No ensinamento de Mario Engler Pinto Junior: “mesmo antes do advento da nova lei acionária alemã de 1965, o institucionalismo publicista de Rathenau é substituído pelo chamado institucionalismo integracionista, em que o interesse da companhia passa a congregar os anseios de atores diretamente vinculados à atividade empresarial, e não mais o interesse público genericamente considerado”<sup>185</sup>.

### **7.1.3. Teoria Organizativa**

A moderna teoria organizativa tem sua origem na teoria econômica do direito, na segunda metade do Século XX. Para essa teoria, a firma é “um único agente subscritor de um grupo de contratos que começa pelos contratos com os sócios e vai desde contratos com fornecedores e clientes até contratos com trabalhadores e contratos de empréstimos necessários para suprir as necessidades de fundos da empresa”<sup>186</sup>. Na visão de Mario Engler Pinto Junior:

A teoria organizativa inspira-se na visão econômica da empresa como conjunto de relações contratuais (*nexus of contracts*), constituídas entre a pessoa jurídica titular da atividade e os agentes econômicos que com ela transacionam. Também reconhece que a internalização de alguns fatores de produção pode contribuir para a eficiência empresarial, sempre que seja possível reduzir os chamados custos de transação, que decorrem normalmente das incertezas quanto às condições da contratação em ambiente de mercado<sup>187</sup>.

O autor ressalta, ainda, que, na concepção da teoria organizativa, a empresa vocaciona-se a harmonizar os interesses distintos dos sócios e dos terceiros a ela vinculados.

<sup>182</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem, ibidem*.

<sup>183</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem, ibidem*.

<sup>184</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, pág. 34.

<sup>185</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 287.

<sup>186</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, pág. 41.

<sup>187</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 297.

A concepção da sociedade enquanto organização não depende da coincidência de propósitos entre sócios, nem o interesse social fica restrito apenas ao interesse dos sócios. A organização societária é o aparato jurídico vocacionado a harmonizar os distintos interesses dos sócios e terceiros vinculados à empresa, para tornar possível a convivência comum em torno do exercício de determinada atividade econômica. A coordenação da influência recíproca entre atos, bens jurídicos e sujeitos de direito pressupõe que a organização tenha independência suficiente para definir o objeto institucional, evitando-se sua captura por qualquer grupo de interesses ali presente. Uma das formas de promover a independência consiste na profissionalização da gestão social<sup>188</sup>.

#### **7.1.4. Posição do Direito Societário Brasileiro**

A redação da primeira parte do art. 115<sup>189</sup> da Lei 6404/76 tem inspiração claramente institucionalista: “o acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia”.

A esse propósito, leciona Modesto Carvalhosa:

Adotou-se, com efeito, no nosso direito societário vigente, o institucionalismo germânico da *empresa em si (Unternehmen an sich)*, segundo o qual os controladores e seus administradores deveriam administrar a companhia sob sua própria responsabilidade, para o bem da empresa e de seus empregados e no interesse comum do povo e do Estado<sup>190</sup>.

Já para Calixto Salomão Filho, embora a lei societária brasileira adote uma perspectiva institucionalista, esta é temperada por institutos de inspiração claramente contratualista, como a oferta pública de aquisição de ações e as novas funções do acordo de acionistas, introduzidas pela alteração legislativa de 2001<sup>191</sup>.

Por sua vez, Mario Engler Pinto Junior entende que “o direito brasileiro sempre enfatizou o caráter contratual da sociedade” e que certa abertura para o institucionalismo veio com a Lei das Sociedades por Ações, “que atribuiu ao acionista controlador e aos administradores o dever mais amplo de zelar por outros interesses potencialmente afetados pela atividade empresarial, além de simplesmente satisfazer as expectativas pecuniárias dos acionistas”. Para o autor, entretanto, trata-se de

<sup>188</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, págs. 301-302.

<sup>189</sup> **Art. 115.** O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas

<sup>190</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 1º Volume. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. LXVIII

<sup>191</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, págs. 37 e 38.

“institucionalismo meramente principiológico, pois a sociedade anônima brasileira continua inspirada no contratualismo de fato”<sup>192</sup>.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça vem dando interpretação mais institucionalista ou organizativa no julgamento de atos de acionistas controladores em conflito de interesses com a própria sociedade. Veja-se, por exemplo, os seguintes trechos do acórdão do REsp 1130103-RJ, Relator Ministro Castro Meira, julgamento em 19/08/2010.

10. No atual cenário da economia nacional e internacional, altamente dependente da saúde financeira do setor empresarial, a eticidade nas relações *interna corporis* das companhias é bem jurídico igualmente digno de tutela, por meio do estímulo à segurança e à transparência das operações financeiras. Por tais motivos, urge aplicar-se o princípio da confiança, a fim de resguardar a boa-fé dos sócios minoritários, bem como de toda a comunidade, diante de eventuais situações jurídicas geradas por um comportamento desleal dos administradores e sócios-controladores das pessoas jurídicas.

11. A Lei das Sociedades por Ações também é informada por essa principiológica, como se extrai da Exposição de Motivos n.º 196, de 24 de junho de 1976, segundo a qual a responsabilidade social que passou a ser exigida dos acionistas-controladores e dos administradores das pessoas jurídicas impõe-lhes comportamento idôneo e probó, conforme as diretrizes lançadas nos artigos 116, 117, 153 e 154, da Lei n.º 6.404/76.

A teoria organizativa é a que melhor se aplica às diversas relações envolvidas pelas sociedades de economia mista, organizações que centralizam diferentes interesses legítimos, alguns parcialmente antagônicos, outros coincidentes, mas todos confluentes para a consecução do objeto social, que sempre incorporará o interesse público. É nesse sentido que o artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, estabelece que a lei que definirá o estatuto jurídico das empresas estatais deverá dispor sobre I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; ... IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação dos acionistas minoritários.

## **7.2. Os conflitos de interesses nas sociedades anônimas privadas**

No que tange ao conflito de interesses entre os acionistas controladores e os demais acionistas da companhia, a legislação das S.A. estabelece regras que exigem a atuação de controladores e administradores em consonância com o

---

<sup>192</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, págs. 305-306.

interesse dos demais acionistas e da comunidade, **bem assim respeitando a função social da companhia.**

Os deveres fiduciários do acionista controlador das sociedades anônimas em geral inscrevem-se, na Lei das Sociedades Anônimas, no parágrafo único do artigo 116:

**Art. 116.** Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

**Parágrafo único.** O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Como já mencionado, a Lei 6.404, de 1976, instituiu a figura do acionista controlador no direito societário brasileiro, uma vez que a lei anterior (Decreto-Lei 2.627, de 1940) se fundava no princípio majoritário:

Temos, assim, que a legitimidade do poder societário e o seu efetivo exercício não têm mais qualquer relação com o capital investido. A cisão da propriedade e o poder na Lei 6.404, de 1976, são estruturalmente estabelecidos entre os controladores, de um lado, e os acionistas fornecedores do capital, de outro<sup>193</sup>.

Os poderes e atribuições conferidos ao acionista controlador têm como contrapartida os deveres fiduciários expressos no art. 116, parágrafo único, da Lei das S.A., bem como os direitos de fiscalização e controle outorgados aos acionistas minoritários em diversos dispositivos da lei.

Modesto Carvalhosa entende que os poderes conferidos ao controlador pela legislação societária brasileira têm feição nitidamente institucionalista, da escola da “empresa em si”, de Walter Rathenau:

De acordo com essa escola institucionalista, o que importa perseguir na companhia é a consecução do objeto empresarial que constitui o seu conteúdo, não tendo prevalência o seu fim último, qual seja, o de maximização de lucros, voltado, evidentemente, para o interesse dos acionistas<sup>194</sup>.

<sup>193</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Op. Cit.*, 2008, pág. 483.

<sup>194</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Op. Cit.*, 2008, pág.483.

Essa feição institucionalista determina o modo com que o acionista controlador deve utilizar os seus poderes. Ao analisar os fins que legitimam o exercício do poder pelo acionista controlador, Fábio Konder Comparato distingue dois grupos de finalidades e objetivos sociais:

Os primeiros correspondem à satisfação dos interesses de todos os participantes na empresa: acionistas, titulares de outros valores mobiliários emitidos pela companhia, empregados, administradores. Quanto aos interesses extra-empresariais, eles dizem respeito à comunidade local, regional ou nacional, em que se insere a empresa<sup>195</sup>.

Para o jurista, no caso de conflito de interesses, os da comunidade devem prevalecer sobre os dos acionistas:

Isto posto, a harmonização dos interesses internos e externos à empresa faz-se, naturalmente, no sentido da supremacia dos segundos sobre os primeiros na hipótese de conflito. O direito ao lucro ou à expansão da empresa não é garantido contra os interesses da comunidade local e nacional em que ela se insere<sup>196</sup>.

Como se observa, o conflito de interesses entre a obtenção de lucros e os objetivos institucionais da companhia, em especial quando se persegue uma política da maximização de retornos de curto prazo, ocorre também nas sociedades anônimas de capitais privados. A tarefa dos órgãos de administração é a de estabelecer políticas de gestão que permitam equilibrar interesses legítimos que em certas circunstâncias podem se tornar antagônicos.

### **7.3. Lucro vs. Interesse Público na Sociedade de Economia Mista**

Alguns autores consideram impossível conciliar a meta de obtenção de lucros com a busca do interesse público, o que levaria a gestão das sociedades de economia mista a frustrar os acionistas privados, pois a lucratividade por eles esperada teria que ceder lugar à consecução do interesse coletivo que motivou a constituição da companhia.

Ainda em 1953, Bilac Pinto, defendendo a criação de empresas públicas ao invés das sociedades de economia mista, apontava a incompatibilidade entre os objetivos privados (lucro) e os do Poder Público (o interesse público).

<sup>195</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, pág. 365.

<sup>196</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *idem, ibidem*.

Na nossa opinião, entretanto, - e a experiência o demonstrou, - esta associação entre o Estado e os particulares não pode, senão excepcionalmente, conduzir a bons resultados. Uma associação não beneficia, com efeito, a todos os associados senão quando eles visem a um fim comum, ou, pelo menos, a fins análogos, excluída a oposição entre uns e outros. Ora, em uma empresa de economia mista, os fins visados pelo Estado e pelos particulares são diametralmente opostos; eles se excluem reciprocamente. O capitalista particular não tem em vista senão o seu interesse pessoal; ele quer lucros elevados que lhe assegurarão bons dividendos e procura fixar o preço de venda mais alto que a concorrência permita, se ela existir. O Estado, ao contrário, intervém com a intenção de salvaguardar o interesse geral, seja o dos consumidores ou o dos utentes; ele se esforça, então, para manter o preço de venda em níveis baixos. Nasce, assim, entre os dois grupos de associados, um conflito irreduzível, no qual um deles será inevitavelmente a vítima. (...).<sup>197</sup>

Após colacionar a opinião de diversos especialistas internacionais, o autor aponta um **conflito insolúvel** entre os interesses privados e o interesse público.

Através dessas objeções emanadas de especialistas que, em diferentes países, acompanharam a evolução das empresas mistas, notamos a coincidência de uma arguição fundamental contra esse sistema: o conflito insolúvel entre o interesse particular e o interesse público<sup>198</sup>.

De forma semelhante, Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho apontam “grave contradição” na estrutura da sociedade de economia mista.

(...) A função da empresa estatal não é a geração de receita sob a forma de lucros empresariais, mas a preservação da segurança nacional, ou a organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa (Constituição Federal, art. 173). O dilema que se apresenta ao Estado, enquanto acionista controlador, é, pois, o de perseguir o interesse público antes e acima da exploração lucrativa – o que torna sem sentido a participação societária do capital privado no empreendimento; ou dar lugar ao interesse público apenas quando este se coloca em conflito com objetivo normal de produção de lucros – o que infringe o princípio constitucional assinalado<sup>199</sup>.

Outros doutrinadores não veem o conflito entre os interesses privados e o interesse público como insolúvel. Pelo contrário, entendem que a boa gestão desse conflito é da própria essência da administração das sociedades de economia mista.

É pacífico, na doutrina, que o primeiro objetivo a ser perseguido pelas sociedades de economia mista é o interesse público que motivou a sua criação. Como bem assinala Sílvio Luís Ferreira da Rocha, “a característica essencial das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) reside no fato de serem

<sup>197</sup> BILAC PINTO, Olavo. *Op. Cit.*, pág. 5-6.

<sup>198</sup> BILAC PINTO, Olavo. *Op. Cit.*, pág. 8.

<sup>199</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, pág. 372.

instrumentos de ação do Estado, auxiliares do Poder Público. Logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados”<sup>200</sup>.

De modo coerente, o artigo 238 da Lei das Sociedades Anônimas “permite” que o controlador estatal priorize o interesse público que motivou a constituição da companhia.

**Art. 238.** A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

Modesto Carvalhosa assim interpreta esse dispositivo legal:

Como referido, o conceito fundamental, para se entender a função da sociedade de economia mista e sua forma capitalista, com a participação de acionistas privados minoritários, é de que ela precipuamente deve atender ao *interesse público primário*, e não ao *interesse público secundário* ou à *finalidade de lucro*. Por outro lado, para que se concilie a atividade econômica com a finalidade pública, deve-se distinguir *atividade-fim* de *atividade-meio*. Assim, a atividade-fim visa à prestação de serviços no campo do interesse público primário. E a atividade-meio será a prestação de serviços de natureza econômica, que se faz através de meios empresariais que gerem *excedentes de capital*, ou seja, *lucros*. Esse excedente é pressuposto da eficiência dos agentes públicos que administram capitais mistos (públicos e privados). Desse modo, a lucratividade da sociedade de economia mista constitui meio necessário para a consecução de seu fim, que é o da prestação de serviços públicos de interesse público primário<sup>201</sup>.

Carlos Ari Sundfeld ressalta o duplo objetivo das sociedades de economia mista: desenvolver atividade pública e produzir saldos econômicos apropriáveis pelos acionistas.

Por definição, sociedades de economia mista são as que conjugam capitais governamentais e particulares. Destarte, a razão vital desse gênero de pessoas é a viabilidade de desenvolver-se eficazmente atividade pública – e daí a participação do Estado, interessado nessa atividade – e, ao mesmo tempo, produzir saldos econômicos apropriáveis, o que enseja a afluência de capitais privados. Sem essa equação, a sociedade de economia mista inexistiria<sup>202</sup>.

Para Modesto Carvalhosa, as sociedades de economia mista devem guiar-se pelo critério de economicidade, que tem fundamento ético-político e não meramente econômico: “apropriando-se desse critério, a sociedade de economia

<sup>200</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Op. Cit.*, pág. 138.

<sup>201</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 4º Volume. Tomo. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 410.

<sup>202</sup> SUNDFELD, Carlo Ari. *Entidades Administrativas e Noção de Lucro* in Revista Trimestral de Direito Público –RDP. Núm. 6. São Paulo: Malheiros, 1994, pág.

mista visa realizar o rendimento social máximo dos recursos raros que concretamente dispõe, direcionando-os para além da obtenção do máximo de satisfação de lucro dos investidores de seu capital”<sup>203</sup>.

O autor conclui não existir conflito de interesses entre o sócio controlador (o Estado) e os sócios minoritários (os investidores privados).

Assim, o conflito da sociedade de economia mista não existe entre os interesses do Estado e aqueles dos acionistas minoritários privados. Isso porque o acionista privado, ao subscrever ações ou investir em ações emitidas por sociedades de economia mista, tem pleno conhecimento dos fins para os quais ela foi criada, ou seja, a prestação de serviços públicos de interesse público primário. Não haverá, portanto, fundamento jurídico para que o acionista privado questione a não colocação do lucro como fim precípua da mesma<sup>204</sup>.

Mário Engler Pinto Junior destaca que a existência de interesse público específico para a constituição e gestão das sociedades de economia mista decorre da própria Lei das Sociedades Anônimas, artigo 238.

A partir dessa prescrição legal, fica esvaziada a querela entre institucionalistas e contratualistas para definir os contornos do interesse da sociedade de economia mista. Qualquer que seja a linha teórica adotada, o interesse público estará sempre incorporado no interesse social. Para os institucionalistas, trata-se de incluir no leque de interesses abrangidos pela organização societária mais outra categoria representada pelo interesse público em sentido estrito, conforme definido na lei autorizativa da constituição da empresa estatal. Já para os contratualistas, a realização do interesse público poderia integrar o contrato da sociedade, desde que isso tenha sido acordado previamente entre todos os sócios. Quanto à teoria organizativa, não resta dúvida sobre sua aplicação à sociedade de economia mista, não propriamente para indicar o escopo final a ser perseguido, mas para tornar viável o convívio com expectativas concorrentes de outras partes interessadas, sobretudo os capitalistas privados<sup>205</sup>.

Acrescenta ainda o autor:

A flexibilização da finalidade lucrativa, em decorrência da internalização do interesse público qualificado no artigo 238 da Lei nº 6.404/76, é confirmada pela concessão do direito de recesso aos demais acionistas, quando o estado assume o controle acionário de companhia já existente por força de desapropriação. A regra está prevista no artigo 236, parágrafo único, do mesmo diploma legal, como solução compensatória ao sócio privado em razão da mudança na causa típica da sociedade anônima. A introdução de outros propósitos no interesse social constitui alteração relevante nas bases essenciais do negócio societário<sup>206</sup>.

<sup>203</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Op. Cit.*, 2009, pág. 413.

<sup>204</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Op. Cit.*, 2009, pág. 415.

<sup>205</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 311.

<sup>206</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 316.

Por fim, Mario Engler Pinto Junior conclui que o conflito de objetivos entre o acionista controlador (Estado) e os minoritários (investidores privados) não é insolúvel, devendo ser harmonizado pela própria estrutura interna das sociedades de economia mista:

Nas sociedades de economia mista com participação de acionistas privados, o conflito entre objetivos aparentemente díspares (finalidade lucrativa e missão pública) não se resolve com a abolição de nenhum deles, como ingenuamente se costuma propor. Não se trata de subordinar incondicionalmente a finalidade lucrativa à realização da missão pública, nem tampouco libertar a empresa estatal para gerar ilimitadamente valor a seus acionistas (público e privado). A saída está em considerar normal a convivência entre interesses divergentes no âmbito da companhia mista, como propõe a teoria organizativa. Tais interesses, por seu turno, devem ser reconciliados pelas estruturas procedimentais internas, mediante o arbitramento da margem de lucro ideal, sem necessariamente suprimi-la nem maximizá-la, para que a empresa estatal também tenha capacidade financeira para implementar as políticas públicas compreendidas no objeto social<sup>207</sup>.

Carina Lellis Nicoll Simões Leite tampouco vê incompatibilidade entre a obtenção de lucros e a finalidade pública das sociedades de economia mista, assim interpretando o artigo 173 da Constituição Federal:

(...) a leitura mais adequada do dispositivo constitucional é aquela que autoriza a existência paralela, tanto da finalidade pública, quanto da finalidade lucrativa da sociedade de economia mista. Ou seja, ambos são objetivos legítimos da atuação empresarial do poder público. O lucro não deve ser compreendido apenas como um apêndice acessório e subalterno dessa atuação empresarial. Ele é, sim, um fim legítimo, que pode ser intencionalmente perseguido por entes da administração<sup>208</sup>.

Afirmando, ainda, que “nos termos do artigo 2º da Lei das Sociedades Anônimas, a sociedade anônima, por definição, deve ter fins lucrativos<sup>209</sup>”, a autora conclui:

Portanto, no caso da sociedade de economia mista, a possibilidade de obtenção de lucro é instrumento fundamental para a captação de recursos junto à iniciativa privada. A real expectativa de retorno do acionista minoritário se revela absolutamente fundamental para que ele invista na sociedade de economia mista. Nesse passo, o lucro figura como um agente viabilizador da remuneração do capital investido por particulares<sup>210</sup>.

<sup>207</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.*, pág. 320.

<sup>208</sup> LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. *O Lucro nas Sociedades de Economia Mista* in ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pág. 107.

<sup>209</sup> LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões, *Op. Cit.*, pág. 108.

<sup>210</sup> LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões, *Op. Cit.*, *ibidem*.

Filipe Machado Guedes defende que o Estado constitua empresa estatal sob a forma de sociedade de economia mista tão somente para a condução de atividades que possam ser lucrativas<sup>211</sup>, posição que é suportada também por Nelson Eizirick:

Além de perseguir o interesse público, deve também o Estado buscar o escopo lucrativo, comum a toda companhia. Se assim não fosse, também não faria sentido criação de sociedade de economia mista, para a qual são chamados a investir seus recursos os acionistas privados. Como a sociedade de economia mista constitui o instrumento por meio do qual se conjugam capitais estatais e particulares, seu fundamento reside na viabilidade de desenvolver-se eficazmente atividade de interesse público e ao mesmo tempo produzir lucros que possam ser apropriados por seus acionistas. É essa equação que viabiliza a existência da sociedade; se não for possível conciliação da política pública com a produção de resultados econômicos, não se justifica a sua instituição<sup>212</sup>.

A finalidade lucrativa das sociedades de economia mista deve ser mitigada, entretanto, se isto for necessário para a consecução do interesse público que orientou sua criação:

Dessa forma, dentro da sociedade de economia mista convivem duas sortes de finalidades. Em primeiro lugar, existe um interesse público que justifica a exploração de atividade econômica pelo poder público. Em segundo lugar, há o escopo lucrativo que, como se viu, decorre da escolha pela modalidade empresarial e da atração de investimentos da iniciativa privada. Diz-se em primeiro e em segundo lugar, pois as finalidades devem ser compreendidas nessa ordem. O fundamental nesse ramo de atividade é a realização do interesse público. Tanto assim que, em determinadas situações, a finalidade lucrativa poderá ceder em favor do interesse público. Mas não o contrário. Em regra, não se poderá abrir mão da realização do interesse público a fim de maximizar a margem de lucro da atividade, sob pena de restar configurado desvio de finalidade por parte do estado empresário<sup>213</sup>.

Ao contrário de Modesto Carvalhosa, Carina Lellis Nicoll Simões Leite entende que há abuso de poder quando há prejuízo à atividade lucrativa da sociedade de economia mista, quando isso não se dá para atendimento ao interesse público que lhe deu origem, ainda que a causa seja a persecução de outro interesse público.

O Estado, na qualidade de acionista controlador, poderá ser responsabilizado tanto nos casos de desvirtuamento do interesse público, quanto naqueles de desvirtuamento da finalidade lucrativa da companhia. De um lado, o acionista controlador não pode se apropriar dos resultados da companhia para realizar finalidades públicas que não estejam diretamente associadas à atividade explorada pela sociedade. De outro lado, por mais que se admita a flexibilização dos lucros em prol do interesse social primário, o ente público

---

<sup>211</sup> GUEDES, Filipe Machado. *As Empresas Estatais e o Direito Societário in* ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pág. 224.

<sup>212</sup> EIZIRICK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Vol. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pág. 313.

<sup>213</sup> LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões, *Op. Cit.*, pág. 116.

controlador não pode ignorar os deveres que a Lei das Sociedades Anônimas lhe impõe, tendo em vista que o art. 238 equipara as suas obrigações às daquelas de qualquer acionista majoritário de sociedade anônima<sup>214</sup>.

A finalidade lucrativa da sociedade de economia mista não deve ser colocada em dúvida.

Primeiramente, o Estado tem à sua disposição outras opções além da constituição da companhia mista: (i) no caso de serviço público, este pode ser prestado diretamente e, se prestado pela administração indireta, pode sê-lo por autarquias, fundações públicas ou empresas públicas de capital integralmente estatal. A utilização da alternativa da constituição de sociedade de economia mista pressupõe, a nosso ver, o potencial lucrativo do empreendimento; (ii) no caso do exercício de atividade econômica em sentido estrito, da mesma forma, se a atividade precisa ser prestada deficitariamente ou de forma não lucrativa, a alternativa recomendável é a empresa pública, pois não faz sentido receber recursos de acionistas privados se é inviável remunerá-los, em especial se se recorre a poupanças populares, como é o caso das sociedades de economia mista de capital aberto.

Em segundo lugar, as sociedades de economia mista devem ser constituídas obrigatoriamente na forma de sociedades anônimas, que são legalmente definidas como sociedade que visam à obtenção de lucros<sup>215</sup>, ainda que o objetivo lucrativo possa ser mitigado em face da necessidade de consecução do interesse público primário que orientou a criação da companhia.

Há um equívoco bastante comum na análise das motivações dos acionistas minoritários e investidores privados, que são apresentados como agentes econômicos sempre em busca da maximização de lucros:

1. De um lado, essa ênfase na lucratividade do empreendimento é equivocada, pois o investidor busca o retorno do investimento, que é função tanto da lucratividade dos ativos (do empreendimento, em suma), como da estrutura e custo de capital da companhia.

---

<sup>214</sup> LEITE, Carina Lelis Nicoll Simões, *Op. Cit.*, pág. 120.

<sup>215</sup> Lei 6.404/76, artigo 2º, *caput*. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

2. De outro lado, o investidor busca o maior retorno de investimento possível que seja compatível com o seu perfil de tolerância a risco. É fato conhecido e amplamente divulgado que a obtenção de retornos mais elevados implica na assunção de riscos também mais altos. Não é por outro motivo que a Comissão de Valores Mobiliários editou a Instrução 539, de 13 de novembro de 2013, que “dispõe sobre o dever de verificação da adequação dos produtos, serviços e operações ao perfil do cliente”, exigindo que distribuidores e consultores do mercado de capitais avaliem a adequação dos produtos oferecidos ao perfil de seus clientes, inclusive sua tolerância a risco.
3. Assinale-se, adicionalmente, que o sócio controlador estatal confere às sociedades de economia mista uma estabilidade financeira que não é própria das empresas cem por cento privadas (a imunidade à falência é um bom exemplo do que se afirma). No caso das prestadoras de serviço público, ainda, a teoria da imprevisão e do fato do príncipe contribuem para uma estabilidade e previsibilidade de retornos ainda maiores.
4. Assim, mesmo com objetivo de atendimento prioritário a um interesse público primário, as ações de sociedades de economia mista podem ser excelente opção de investimentos para investidores cuja preferência, dada pelo seu perfil de tolerância a risco, seja por retornos mais estáveis e com menor risco empresarial.

O que parece ser mais grave para o acionista minoritário privado e para o investidor de mercado é o risco de desvio das finalidades da sociedade, passando a empresa a, indevidamente, buscar o atingimento de objetivos secundários do Estado (obtenção de crédito ou divisas estrangeiras, controle artificial de preços, etc.), ou mesmo objetivos do grupo político no Governo ou pessoais de administradores, como se viu recentemente ocorrer.

## 8. CONCLUSÕES

As sociedades de economia mista têm origem histórica nas empresas de exploração colonial, mas adquirem grande importância no final do século XIX, acompanhando a crescente participação do Estado na atividade econômica.

No Brasil, aponta-se o Banco do Brasil, constituído em 1808, como a primeira sociedade de economia mista criada no País. Entretanto, torna-se importante veículo de atuação do Estado somente com o Governo Vargas, na década de 40.

As sociedades de economia mista são um instrumento para a atuação do Estado na ordem econômica, sujeitando-se, dessa forma, aos princípios de organização desta ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal) e às limitações estabelecidas para a atividade econômica do Estado (Constituição Federal, artigo 173 e seguintes).

A expressão atividade econômica não é unívoca: alguns importantes doutrinadores dela excluem a prestação de serviço público. Neste trabalho, adotou-se a corrente doutrinária que defende que o gênero atividade econômica comporta duas espécies: a prestação de serviço público e a atividade econômica em sentido estrito.

O serviço público é neste trabalho conceituado como a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade, fruível tanto singularmente como pela comunidade em geral. Deve ser prestado, sob regime de Direito Público, pelo Estado, o que pode ocorrer diretamente ou descentralizadamente, por meio de entidades de sua Administração Indireta, dentre os quais se encontram as sociedades de economia mista. Pode também ser objeto de concessão ou permissão (artigo 175 da Constituição Federal), hipóteses em que também é possível a atuação das sociedades de economia mista (desde que controladas por ente federativo diferente do titular do serviço),

A atividade econômica em sentido estrito pode ser exercida pelo Estado nas hipóteses constitucionalmente admitidas (artigo 173): relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, além dos casos de monopólio da União (artigo 177). O Estado pode exercer atividade econômica em sentido estrito por meio das empresas públicas, com capital integralmente estatal, ou através das sociedades de economia mista, cuja constituição exige autorização por lei específica.

Visando a consecução de interesse público primário, a sociedade de economia mista submete-se a um regime jurídico híbrido: sua personalidade jurídica é de Direito Privado, mas, sendo braço de atuação do Estado, sofre forte influxo de normas de Direito Público. Tais normas determinam o controle hierárquico e externo dos atos de gestão da sociedade (este último a cargo do competente Tribunal de Contas), sua imunidade à falência, a impenhorabilidade de bens, rendas e serviços da companhia, quando prestadora de serviço público, a obrigatoriedade de contratação de funcionários por concurso público, a obrigatoriedade de licitação pública para a compra ou venda de bens e serviços que não façam parte do giro normal dos negócios da empresa, etc.

De outro lado, a sociedade de economia mista deve ser constituída na forma de sociedade anônima (Decreto-lei nº 200, artigo 5º, IV) e, assim, se submetem às normas da Lei das Sociedades Anônimas – Lei 6.404/76 –, embora a lei que autoriza a criação da sociedade de economia mista federal possa estabelecer derrogações ao regime próprio das companhias privadas.

Renomados doutrinadores apontam, alguns de forma bastante enfática, uma grave contradição entre a persecução do interesse público, que orienta a criação da sociedade de economia mista e deve nortear a sua gestão, e o objetivo privado de obtenção de lucros.

O conflito de interesses, entretanto – entre controlador e minoritários, entre administradores e acionistas, entres acionistas e administradores com a própria sociedade – é da essência das sociedades anônimas, mesmo que integralmente formadas por capitais privados.

As modernas teorias sobre a natureza jurídica das sociedades anônimas, que a entendem mais como o centro de diversos interesses, alguns antagônicos, e

menos como um simples contrato entre seus acionistas, defendem que a própria estrutura de governança das companhias deve administrar, harmonizar e compor os conflitos de interesse que fatalmente ocorrerão.

No caso específico das sociedades de economia mista, a doutrina mais recente não enxerga um conflito insuperável entre os objetivos do acionista controlador estatal (o interesse público primário) e o dos acionistas minoritários e investidores (o lucro).

Na visão desses doutrinadores, adotada neste trabalho, o Estado tem a seu dispor, em qualquer circunstância, opções para o exercício da atividade econômica além das sociedades de economia mista. A prestação de serviço público pode se dar de forma direta ou por qualquer das entidades que compõem a Administração Indireta, como as autarquias, as fundações públicas e as empresas públicas. Para o exercício de atividade econômica em sentido estrito, além da sociedade mista, é possível constituir empresa pública com capital integralmente estatal.

Assinale-se que as sociedades de economia mista são obrigatoriamente constituídas como sociedades anônimas, que têm objetivo lucrativo, como definido pela própria Lei societária, no caput do artigo 2º. Não haveria, assim, razão para constituir sociedade de economia mista se a atividade empresarial a ser exercida fosse deficitária ou incompatível com a obtenção de lucros razoáveis.

A afirmação de que o acionista minoritário privado visa sempre à maximização dos lucros é equivocada. Em primeiro lugar, a meta real do investidor é o retorno do investimento, que é função não só da lucratividade do empreendimento, mas também da estrutura de capital da sociedade. Em segundo lugar, e mais importante, o investidor busca o maior retorno possível que seja compatível com seu perfil de tolerância a risco. Nas sociedades de economia mista, a presença do sócio controlador estatal, a fiscalização externa a que submete a empresa, sua imunidade à falência, etc. têm um claro efeito de redução do risco comercial assumido pelos acionistas minoritários. As sociedades de economia mista prestadoras de serviço público têm o seu risco empresarial ainda mais reduzido pela aplicação da regra de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e a aplicação da teoria da imprevisão e do fato do príncipe. Não é por outra razão que as ações emitidas por sociedades de economia mista prestadoras de serviço público,

como no passado recente as empresas de telecomunicações e ainda hoje as geradoras e distribuidoras de energia elétrica, são procuradas por investidores de perfil conservador interessados em obter um fluxo regular e estável de dividendos.

Eventos recentes mostraram que o maior risco para os acionistas minoritários das sociedades de economia mista não está na consecução responsável e competente do interesse público primário que deve orientar sua gestão, mas, pelo contrário, no desvio da finalidade da companhia para atender a interesses secundários, quando não meramente partidários e pessoais de aliados políticos e administradores.

## **APÊNDICE A – O CASO PETROBRAS**

### **A.1. INTRODUÇÃO**

A Petrobras foi criada na década de 1950, coroando campanha de cunho nacionalista (“O Petróleo é Nosso”) que defendia a exploração soberana das jazidas de petróleo brasileiras, para atender com produção doméstica às necessidades da população e da nascente indústria nacional.

Assim, a Lei 2.004, de 3 de outubro de 1953, instituiu o monopólio estatal sobre a pesquisa e lavra de petróleo e outros hidrocarbonetos, sua refinação e transporte marítimo ou por dutos (artigo 1º), bem como (i) incumbiu ao Conselho Nacional do Petróleo – CNP, criado em 1938, as funções de orientação e fiscalização da exploração petrolífera, subordinando a autarquia diretamente à Presidência da República, e (ii) autorizou a constituição da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e suas subsidiárias, como órgãos de execução do monopólio estatal (artigo 2º).

A Petrobras foi constituída como sociedade de economia mista. O público em geral teria direito de adquirir ações, sendo que as ações ordinárias com direito a voto só poderiam ser adquiridas, obedecidos os limites individuais estabelecidos na Lei, por brasileiros natos ou naturalizados há mais de cinco anos e que não fossem casados com estrangeiros sob regime de bens que pudesse resultar na transferência das ações ao cônjuge. Tal dispositivo legal demonstra a grande preocupação à época em manter em mãos nacionais as riquezas do petróleo.

Após a aprovação da Emenda Constitucional nº 5, de 1995, que alterou e atenuou o monopólio da União sobre as áreas de petróleo e gás, a Lei 2.004/53 foi revogada, passando a Petrobras a estar sujeita às normas estabelecidas pelos artigos 61 a 68 da Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997. O relevante interesse coletivo

permaneceu sendo “a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte” de petróleo e outros hidrocarbonetos (artigo 61, caput), atividades que passaram a ser desenvolvidas em caráter de livre competição (artigo 61, § 1º). Em 2002, a Lei 10.438 autorizou a Petrobras a incluir em seu objeto social atividades vinculadas à energia (artigo 26).

O sucesso tecnológico e empresarial da Petrobras nas suas seis décadas de atuação é inegável. Em 2011, ainda insuspeitos os problemas que iriam transparecer nos próximos anos e que já a afetavam, Natália Bonfim assim se referia à companhia:

(...) as sociedades de economia mista vêm se destacando tanto no Brasil quanto no exterior, sem indícios de possível esgotamento de sua fórmula.

Pelo contrário, além de ser a líder do setor petrolífero brasileiro, a Petrobras, criada em 1953, hoje se consagra como a terceira maior empresa de energia do mundo, estando em quarto lugar entre as empresas mais respeitadas do mundo, presença global em 28 países, 463.870 acionistas, sendo que, entre as 10 empresas que registraram maior lucro líquido em 2009, nove são do grupo Petrobras. No ano de 2010, o feito se repetiu: a Petrobras alcançou o maior lucro líquido já registrado por uma empresa de capital aberto brasileira, da ordem de R\$ 35,189 bilhões, apresentando alta de 17% em relação ao ano de 2009, com previsão de investimentos para o ano de 2011 de R\$ 93,7 bilhões, dentre os quais, 46% correspondem à produção e exploração de petróleo e gás<sup>216</sup>.

O quadro otimista de 2011 não poderia ser mais contrastante com o que se verifica nos dias atuais: o lucro histórico de 2010 transformou-se em um prejuízo de R\$ 21,6 bilhões em 2014, refletindo uma desvalorização dos ativos (*impairment*) da companhia de R\$ 44,6 bilhões e “reconhecendo gastos adicionais capitalizados indevidamente no ativo imobilizado oriundos do esquema de pagamentos indevidos descoberto pelas investigações da Operação Lava Jato (baixa de gastos adicionais capitalizados indevidamente)” no valor de R\$ 6,2 bilhões<sup>217</sup>. O valor de mercado da Petrobras, que era de R\$ 380,2 bilhões no final de 2010 caiu para R\$ 104,9 bilhões no final de 2015<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> BONFIM, Natália Bertolo. *O Interesse Público nas Sociedades de Economia Mista*. Dissertação (Mestrado). USP: 2011, pág. 26.

<sup>217</sup> <http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/resultados-financeiros#topo>, acesso em 25/12/2015, 16:00h.

<sup>218</sup> Valor de mercado calculado com base nas cotações obtidas em <http://cotacoes.economia.uol.com.br/acao/cotacoes-historicas.html?codigo=PETR4.SA>, acesso em 25/12/2015, 16:30 h.

No período dos últimos cinco anos, as ações preferenciais da Petrobras sofreram desvalorização de 74,6%, se consideradas as cotações em Reais. Em Dólares Norte-americanos, a desvalorização foi ainda maior, em razão da desvalorização do Real face ao Dólar. A grande desvalorização do investimento levou os investidores norte-americanos a ingressarem com ações coletivas (*class actions*) visando o ressarcimento, pela companhia e seus dirigentes, dos prejuízos sofridos. Assinale-se que, em 23 de setembro de 2010, foi de R\$ 26,30 o preço fixado para a subscrição de ações PN da empresa na oferta pública então realizada<sup>219</sup>.

Este Apêndice analisa as razões que levaram a Petrobras, considerada um paradigma de sociedade de economia mista bem-sucedida há poucos anos, passar a ser apontada como um exemplo de má gestão e má governança corporativa, reflexo dos desmandos da atuação governamental na empresa, guiada por objetivos políticos e pessoais e deixando em plano secundário os interesses públicos primários que deveriam orientar as atividades da companhia.

É abordado, nesta seção, o principal fator que explica tão importante queda de desempenho: o completo desvio de finalidade da empresa, que passou a (1) buscar interesses pessoais e partidários, com a corrupção dos principais quadros dirigentes da companhia; (2) a perseguição de interesses públicos secundários pela gestão da sociedade.

## **A.2. DESVIO DE FINALIDADE – CORRUPÇÃO**

A Operação Lava Jato da Polícia Federal e do Ministério Público Federal trouxe à luz um dos maiores esquemas de corrupção política e empresarial da história brasileira, que causou grave desvio de finalidade da Petrobras, e que, durante mais de dez anos, serviu ao enriquecimento de empreiteiros e outros contratados da empresa, seus administradores e gerentes, além de abastecer o caixa dos partidos políticos da base de sustentação do Governo com recursos ilícitos.

A Operação Lava jato e o esquema de corrupção da Petrobras vêm recebendo grande atenção da mídia e seria redundante relacionar aqui as inúmeras denúncias de desvios, nomes dos receptores e agentes que atuaram na lavagem dos

---

<sup>219</sup> <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/mercados/acoes/ofertas-publicas/Petrobras-060910.aspx?idioma=pt-br>. Acesso em 25/12/2015, 17:00h;

capitais, etc. Como síntese, transcreve-se abaixo a descrição do esquema de corrupção que consta da petição inicial da ação coletiva que corre perante a Corte Federal de Manhattan, Estados Unidos<sup>220</sup>:

A fraude no epicentro desta ação envolve o maior escândalo brasileiro de corrupção e lavagem de dinheiro, no qual empreiteiras contratadas pela Petrobras pactuaram para inflacionar ofertas, com os executivos da Petrobras recebendo suborno e políticos participando desses proventos. Autoridades estimam que o esquema de suborno e lavagem de dinheiro desviou US\$ 28 bilhões dos cofres da Petrobras, ou até mais. Além dos executivos seniores da Petrobras, o esquema de suborno também envolveu políticos e um grupo de pelo menos 16 empreiteiros que formaram um cartel que garantia que seus membros obtivessem os maiores contratos com a Petrobras. De acordo com o Ministério Público e a Polícia Federal do Brasil, os executivos da Petrobras outorgaram contratos a essas companhias construtoras que sistematicamente aumentaram os custos da companhia em até 20%. Após contratadas, as companhias construtoras devolviam até 3% do valor total do contrato na forma de suborno a executivos da Petrobras, políticos brasileiros e agentes que atuavam na lavagem do dinheiro<sup>221</sup>.

A ação coletiva (*class action*) acima referida é movida por investidores que adquiriram ações ou títulos de dívida da Petrobras e suas subsidiárias entre março de 2010 e março de 2015, visando a recuperação das pesadas perdas sofridas em seus investimentos. A ação é movida não só contra essas companhias, mas em face também de seus administradores e do auditor independente da Petrobras (*PricewaterhouseCoopers*). A reparação solicitada tem por base não só ofensas à legislação norte-americana (*Exchange Act* e *Securities Act*, cuja análise fugiria ao escopo deste trabalho) como também a infringência a dispositivos da Lei 6.404/76 (Lei das S.A.) e de normas da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, editadas com base na Lei 6.381/76 (Lei da CVM).

---

<sup>220</sup> UNITED STATES DISTRICT COURT, SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. IN RE: PETROBRAS SECURITIES LITIGATION. **Case No. 14-cv-9662 (JSR)**. CONSOLIDATED AMENDED COMPLAINT Filled 03/31/15, págs. 2-3.

<sup>221</sup> Tradução livre do texto original em inglês a seguir: “The fraud at the epicenter of this action involves Brazil’s biggest graft and money- laundering scandal, in which Petrobras’ contractors colluded to inflate bids, with Petrobras executives taking bribes and politicians sharing in the proceeds. The bribery and money-laundering scheme is estimated by authorities to have diverted *up to or even more than \$28 billion from Petrobras’ coffers*.<sup>1</sup> In addition to Petrobras’ top executives, the illegal bribery and kickback scheme also involved politicians and a group of at least 16 contractors who formed a cartel that assured that its members would win Petrobras’ major contracts. According to Brazilian prosecutors and the Brazilian Federal Police, Petrobras executives granted contracts to these Brazilian construction companies that systemically inflated their costs by as much as 20%. After winning the contracts, the construction companies kicked back up to 3% of a contract’s total value in the form of bribes to Petrobras executives, Brazilian politicians and Money launderers”.

No que tange especificamente à legislação societária brasileira, os autores (*plaintiffs*) da *class action* afirmam a sua legitimidade ativa na busca de reparação pela responsabilidade dos administradores (e outros agentes que com eles concorreram) por atos em desacordo com a lei e o estatuto da Petrobras que causaram danos à sociedade e seus acionistas (Lei 6.404/76, artigo 158, caput e §§ 2º e 5º), cabendo ao acionista prejudicado o direito de ação para ressarcimento do dano (artigo 159, § 7º).

Os autores apontam inúmeras infringências aos deveres legais dos administradores da companhia, em especial: (i) o dever de cuidado e diligência (Lei 6.404/76, artigo 153); (ii) o dever de lealdade (artigo 155); (iii) o dever de utilizar os poderes que lhes são conferidos para lograr os fins e interesses da companhia (artigo 154); (iv) o dever de evitar situações de conflito de interesses (artigo 156); (v) o dever de informar atos e fatos relevantes nas atividades da companhia (artigo 157, “e”).

Os administradores teriam também infringido as normas da CVM que regulam o dever de informar ao mercado atos e fatos relevantes para o negócio da companhia (Instrução CVM nº 358/02, artigo 1º). Adicionalmente, a administração da companhia faltou com seus deveres de publicar seus demonstrativos financeiros (Lei 6.404/76, artigos 176 e 177, § 4º e Instruções CVM nº 400/03 e 480/09). Além disso, o alegado descumprimento do dever de informar contribuiu para a criação de condições artificiais de mercado, vedada pela Instrução CVM nº 8/79.

Ainda segundo os autores da ação coletiva, a Petrobras é responsável pelos atos de seus executivos e administradores, tendo em vista que estes representam a sociedade (Lei 6.404/76, artigo 138, § 1º e artigo 144):

(...). Representando a corporação em seus negócios, os executivos (*officers*) assumem ônus e obrigações em nome da companhia em relação a investidores e acionistas. A Petrobras, assim, é responsável pelas ações empreendidas por seus executivos e pela falta de divulgação de informações sobre fatos materiais existentes em seus demonstrativos financeiros e comunicados à imprensa. O não fornecimento de demonstrações financeiras acuradas impediu o autor e outros investidores de cumprir seu direito essencial de supervisionar a gestão dos negócios da sociedade (Lei 6.404/76, artigo 109, III)<sup>222</sup>.

---

<sup>aa</sup> Tradução livre do original em inglês a seguir: (...) By representing the corporation in its corporate affairs, officers assume obligations and liabilities on behalf of the Corporation towards its shareholders and investors. Petrobras therefore is liable by the actions undertaken by its officers, and by the lack of disclosure of material facts contained in its and financial statements and press releases. The failure to provide accurate financial statements has deprived USS and similarly situated investors of the inherent right to supervise the management of the corporate business (article 109, subheading III).

Com respeito à atuação empresarial da própria Petrobras, o autor da ação alega que ela é responsável perante seus acionistas por (i) infringir o dever de publicar suas demonstrações financeiras de acordo com padrões contábeis internacionais (Instrução CVM nº 457/07); (ii) descumprir a Instrução CVM nº 400/03, artigos 38, 39 e 56, no tocante a erros e omissões nas informações constantes dos prospectos de oferta pública de ações e (iii) por descumprir o dever de fornecer as informações periódicas ao mercado exigidas pela Instrução CVM nº 480/09, cujo artigo 46 estabelece: “A responsabilidade atribuída ao diretor de relações com investidores não afasta eventual responsabilidade do emissor, do controlador e de outros administradores do emissor pela violação das normas legais e regulamentares que regem o mercado de valores mobiliários”.

Não há dúvida sobre a responsabilidade dos administradores, gerentes e outros executivos da Petrobras pelos danos causados a acionistas, investidores e credores da companhia. Como gestores públicos, estão também obrigados a reparar o dano sofrido pela própria Petrobras e pelo erário público, além de se sujeitarem às sanções estabelecidas pela Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo de sanções administrativas e das sanções penais que são objeto da Operação Lava Jato.

A doutrina é concorde também no que tange à responsabilidade da própria Petrobras pelos atos ilícitos de seus executivos. A esse propósito, afirma Modesto Carvalhosa:

Temos, assim, tanto no direito público (art. 37, § 6º, da CF88), como no direito privado (art. 159 da lei societária), que a responsabilidade perante terceiros é da própria sociedade de economia mista. Respondem, por sua vez, os titulares dos cargos de administração (conselheiros e diretores nomeados pelo ente público controlador), perante a sociedade mista, na dupla veste de agentes públicos e de administradores estatutários<sup>223</sup>.

No mesmo sentido é o ensinamento de Nelson Eizirick:

São plenamente aplicáveis aos administradores da sociedade de economia mista as normas de conduta previstas nos artigos 153 a 158, que disciplinam os deveres dos administradores de companhias. O parágrafo único desse artigo vai mais além, ao esclarecer que os deveres e responsabilidades dos administradores das sociedades de economia mista são os mesmos dos administradores de companhia aberta. O fundamento da norma é o princípio da publicidade, que se aplica a todas as sociedades de economia mista,

---

<sup>223</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4º Volume. Tomo I. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 420.

abertas ou fechadas, em decorrência da norma constitucional (artigo 37, caput, da Constituição federal)<sup>224</sup>.

Em suma, não há, no caso da prática de atos ilícitos pelos administradores da sociedade, diferenças entre as companhias privadas e as sociedades de economia mista, no que toca à responsabilidade dos agentes e da própria companhia em face de terceiros e acionistas prejudicados. Por outro lado, os agentes estarão sujeitos a sanções mais severas estabelecidas pelas normas de Direito Público que regem sua atuação, como o Estatuto do Funcionalismo Público e a Lei de Improbidade Administrativa.

Na hipótese de desvio de finalidade da sociedade de economia mista para a persecução de interesses públicos secundários, entretanto, a responsabilidade passa a recair também sobre o acionista controlador estatal, que é, afinal, o maior interessado em conduzir políticas à custa da sociedade.

### **A.3. DESVIO DE FINALIDADE – ATENDIMENTO A INTERESSES PÚBLICOS SECUNDÁRIOS**

#### **A.3.1. Utilização da Petrobras para o Desenvolvimento da Indústria Naval**

A descoberta das reservas de petróleo abaixo da camada de sal (Pré-sal), na Bacia de Santos, área de Tupi (hoje Campo de Lula), trouxe profundas alterações na atuação estatal no campo da pesquisa e exploração do petróleo.

Uma das alterações mais importantes foi a mudança do regime jurídico que rege a pesquisa e lavra petrolíferas, passando-se a adotar, para as áreas de exploração do Pré-sal, o sistema de partilha e não mais de concessão. Para gerir os contratos de partilha de produção, representando a União, foi criada a Pré-Sal Petróleo S.A., conforme autorizado pela Lei 12.304/10.

Em 22 de dezembro de 2010, foi sancionada a Lei 12.351, Lei do Pré-sal, estabelecendo as regras que regem a exploração do petróleo nas áreas do Pré-sal, dentre elas destacando-se: (i) a definição da Petrobras como operador único, responsável por todas as atividades de exploração (artigo 2º, VI - operador: a Petróleo

---

<sup>224</sup> EIZIRICK, Nelson. A Lei das S/A Comentada. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pág. 320.

Brasileiro S.A. (Petrobras), responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção); (ii) o licitante vencedor do contrato de partilha de produção deve formar consórcio com a Petrobras, tendo esta assegurada participação mínima de 30%; (iii) obrigatoriedade do consórcio vencedor adquirir bens e serviços no país, nos percentuais definidos nos respectivos editais de licitação (conteúdo local), que já vinha sendo exigida nos contratos de concessão desde 2003.

O marco regulatório do Pré-sal não pode ser apontado pelos problemas atuais da Petrobras, embora a exigência da companhia ser a operadora exclusiva da área e de participar com pelo menos 30% de todos os consórcios vencedores das licitações tenha colocado grande pressão sobre a estrutura de capitais da empresa que, mesmo com a grande capitalização de 2010 (cerca de R\$ 120 bilhões), foi responsável por forte aumento de seu endividamento, que chegou a R\$ 506,6 bilhões no terceiro trimestre de 2015.

Entretanto, a decisão governamental de utilizar a Petrobras para o fim declarado do fortalecimento da indústria naval brasileira e para o desenvolvimento de polos regionais de refino de petróleo, com intuito político, constituem desvios do interesse público primário que norteou a criação da Petrobras (pesquisa, lavra, refino, transporte e distribuição do petróleo brasileiro).

Segundo a jornalista Graziela Valenti, do Jornal Valor Econômico, desde maio de 2008, o governo brasileiro pretendia utilizar a demanda de sondas para a exploração de reservas do Pré-sal para desenvolvimento da indústria naval brasileira:

O então presidente da República Luis Inácio Lula da Silva, e sua ministra da Casa Civil e sucessora, Dilma Rousseff, apresentaram aos grupos de construção civil, alguns dias depois, o plano de revitalizar a indústria naval brasileira, a partir das encomendas da Petrobras. Na época, Dilma também presidia o conselho de administração da estatal.

Para não onerar diretamente a Petrobras com os investimentos necessários, foi criada a Sete Brasil, com participação da própria Petrobras (10%), fundos de pensões estatais e grupos privados, com financiamento do BNDES.

O desenho da Sete Brasil, para tornar viável o plano do governo, já tinha então todos os detalhes da estrutura. A futura *holding* não tinha nome, mas todo o restante estava lá.

O governo queria cinco estaleiros para as sondas, em Estados já definidos. Já se sabia também quem seriam os fornecedores. O recado, como se vê

nos e-mails, foi claro: julgava “primordial” participação da Odebrecht, Queiroz Galvão, Camargo Correa, Jurong e KFels.

A Sete Brasil só sairia do papel em 2011, após fechar contrato com a Petrobras para 28 sondas – um investimento de US\$ 26 bilhões<sup>225</sup>.

Os resultados para a Petrobras, segundo a referida jornalista, não foram nada bons:

Passados sete anos do Plano de Construção de Sondas no Brasil, os envolvidos têm clareza que sequer as 28 sondas encomendadas à Sete Brasil eram necessárias – tanto menos as 44 de que se falava no início.

Este era o “número mágico” que faria o projeto de cinco estaleiros parar de pé, como demanda mínima. A expressão foi repetida por ao menos três fontes ligadas ao projeto, ouvidas pelo Valor. (...)

A falta de experiência nessa produção ficaria clara com o passar do tempo. As primeiras sete sondas da Sete Brasil foram encomendadas ao Estaleiro Atlântico Sul (EAS) pelo valor de US\$ 670 milhões.

As 21 seguintes, como envolviam estaleiros ainda em desenvolvimento, ficariam mais caras: US\$ 820 milhões ou US\$ 1 bilhão incluindo os juros do financiamento. Fora do Brasil, tais unidades podem ser adquiridas por cerca de US\$ 500 milhões<sup>226</sup>.

O mesmo viés político foi utilizado para a decisão sobre o investimento da Petrobras em novas refinarias:

Do PAC, além do programa naval, constava também a construção de grandes refinarias, que seriam abastecidas pelo Pré-sal. Havia mais de 30 anos que não se fazia uma refinaria no país. O caixa da Petrobras era mais simples de ser acessado para política industrial do que o Tesouro Nacional, que exige previsão orçamentárias<sup>227</sup>.

Os objetivos de política industrial e de desenvolvimento regional acima mencionados poderiam ser considerados, na melhor das hipóteses, e se executados com seriedade e capacidade gerencial, como interesses públicos secundários, que não poderiam ser perseguidos pela sociedade à custa dos objetivos de lucratividade dos acionistas minoritários. A respeito, leciona Modesto Carvalhosa:

O serviço público deve atender ao princípio da supremacia do interesse público. Este, por sua vez, como referido, ostenta a graduação alessiana: interesse público primário – o da coletividade – e interesse público secundário – o dos aparelhos do Estado.

Em consequência, caracteriza-se abuso de poder do controlador – pessoa de Direito Público – encaminhar a sociedade de economia mista para o

<sup>225</sup> VALENTI, Graziell. *O Papel da Petrobras no Governo Lula*. Jornal Valor Econômico, edição de 28 de outubro de 2015. Disponível na Internet: <http://www.valor.com.br/empresas/4289690/o-papel-da-petrobras-no-governo-lula>, acesso em 18/12/2015.

<sup>226</sup> VALENTI, Graziella. *Idem, ibidem*.

<sup>227</sup> VALENTI, Graziella. *Idem, ibidem*

atendimento de interesses dos aparelhos do Estado e de seus agentes. Aí reside o limite do uso ou abuso do controle por parte do Poder Público. A sociedade de economia mista se voltada para si mesma, por representar os interesses corporativos dos aparelhos do Estado que a contratou, configura desvio de finalidade<sup>228</sup>.

### A.3.2. Utilização da Petrobras no Combate à Inflação

De forma semelhante aos Governos Militares, que utilizaram as empresas estatais brasileiras para obter empréstimos em moeda estrangeira, para fazer face à escassez de divisas que o país enfrentava, o Governo de Dilma Rousseff utilizou a Petrobras na tentativa de conter a elevação da inflação, mantendo artificialmente os preços dos combustíveis.

A defasagem entre os preços dos combustíveis no mercado doméstico e internacional foi reconhecido por Graça Foster, Presidente da Petrobras, em reunião realizada em 12/05/2014 com jornalistas e investidores para apresentar os resultados do primeiro trimestre de 2014:

Nossa conversa com o conselho (de administração) é permanente, sistemática e padronizada. Temos desafios de produzir, fazer investimentos, controlar o capex (investimento em bens de capital) e, quando você tem defasagem de preços, como nós temos, temos que corrigir. Hoje, a orientação do Conselho é não repassar a volatilidade (internacional) para o mercado, e que a gente faça as correções sem repassar essa volatilidade. O fato é que o real ficou menos depreciado no trimestre, e isso nos trouxe mais próximos para a convergência de preço. Diminuiu essa distância. Mas enquanto perdura, não há paridade plena. Nós temos que estar considerando um aumento de preços, e isso tem sido mostrado. Temos um limite de tempo para fazer, para que a gente possa passar para o ano de 2015 numa condição melhor — destacou Graça Foster<sup>229</sup>.

Essa defasagem de preços vinha prejudicando os resultados da Petrobras, conforme reconheceu a própria presidente da companhia, Graça Foster, na mesma reunião:

Depois que a Petrobras registrou queda de 30% no lucro do primeiro trimestre, com ganhos de R\$ 5,39 bilhões, a presidente da estatal, Maria das Graças Foster, defendeu nesta terça-feira a necessidade de novo reajuste de combustíveis ainda neste ano, um tema polêmico, que já colocou Petrobras e governo em lados opostos. Segundo Graça, apenas com um reajuste a

---

<sup>228</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Op. Cit.*, pág. 414.

<sup>229</sup> ORDOÑEZ, Ramona; ROSA, Bruno. *Petrobras Quer Mais Reajustes de Combustíveis este Ano, Diz Graça Foster*. O Globo, edição de 13/05/2014. Também disponível na Internet: <http://oglobo.globo.com/economia/petrobras-quer-mais-reajustes-de-combustiveis-este-ano-diz-graca-foster-12459256>, acesso em 18/12/2015.

estatal terá condições de iniciar 2015 em situação financeira mais confortável<sup>230</sup>.

O desequilíbrio dos preços dos combustíveis nos mercados interno e externo só começou a se reduzir com a queda do petróleo no mercado internacional, mas o prejuízo da Petrobras (e, portanto, de seus minoritários) com a política de preços adotada pelo Governo está longe de ser totalmente recuperado:

A forte queda do preço do petróleo no mercado internacional, que por enquanto não foi acompanhada por uma disparada do dólar em relação ao real, aumentou consideravelmente a vantagem com que a gasolina e o diesel estão sendo vendidos no mercado interno. Isso ajudou a diminuir, nos últimos 12 meses, em quase R\$ 16 bilhões os prejuízos da Petrobras.

(...)

Segundo Fabio Silveira, diretor de pesquisas econômicas da GO Associados, as perdas líquidas acumuladas com a venda da gasolina e do diesel no mercado local, mais os custos relacionados à operação (o que inclui frete, por exemplo), devem chegar a R\$ 43,2 bilhões no fim deste mês, ou R\$ 15,7 bilhões a menos do que os R\$ 58,9 bilhões de dezembro de 2014.

Até agora, portanto, a Petrobras ainda é credora nessa "conta petróleo" informal que mantém com o governo. Ou seja, para zerar o prejuízo que a União lhe impôs especialmente entre 2011 e 2014, a Petrobras teria que vender combustível com prêmio por muitos meses antes que se pense em qualquer redução de preço.

Uma maneira de comprovar isso é que, entre janeiro de 2007 e setembro de 2015, a área de refino de petróleo da Petrobras teve receita de R\$ 1,46 trilhão, mas ainda acumula prejuízo de R\$ 29 bilhões - sem considerar as baixas de Comperj, Rnest e corrupção<sup>231</sup>.

Mais uma vez, infelizmente, uma empresa estatal brasileira foi utilizada pelo governo para tentar solucionar problemas econômicos conjunturais, sem respeito ao interesse público primário que norteou sua criação e com total desprezo aos legítimos interesses de seus acionistas minoritários.

#### **A.4. CONCLUSÃO DO APÊNDICE**

Embora a doutrina seja unânime em condenar a utilização das empresas estatais para o atendimento de interesses pessoais, partidários e até mesmo de interesses públicos secundários, esse é um fato que vem se repetindo na gestão

<sup>230</sup> ORDOÑEZ, Ramona; ROSA, Bruno. *Idem, ibidem*.

<sup>231</sup> LIMA, Flavia; TORRES, Fernando. Petróleo Reduz R\$16 bi da Perda com Defasagem. Jornal Valor Econômico. Disponível na Internet: <http://www.valor.com.br/brasil/4357706/petroleo-reduz-r-16-bi-da-perda-com-defasagem>, acesso em 18/12/2015.

pública brasileira, com enormes prejuízos às próprias empresas e, no caso das sociedades de economia mista, como é o caso da Petrobras, também com prejuízos significativos a seus acionistas minoritários e credores.

No caso recente da Petrobras, há, entretanto, um fator novo: a utilização de mecanismos de captação de recursos nos mercados internacionais sujeita a companhia a um novo grau de responsabilidade perante investidores e credores. Assim, a empresa poderá ser condenada ao pagamento de danos financeiros e morais (*punitive damages*) que podem chegar a dezenas de bilhões de dólares, com consequências financeiras muito graves para a Petrobras e para o Governo Brasileiro, que possivelmente terá que recapitalizar a empresa,

Espera-se que o caso sirva de exemplo e incentivo ao aprimoramento dos instrumentos de governança de todas as empresas estatais, com a efetiva proteção do patrimônio público.

## BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresa Público-Privada* in ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *Revista Diálogo Jurídico*. Número 14 – junho/agosto de 2002. Salvador: CAJ – centro de Atualização Jurídica. Disponível na Internet <http://www.direitopublico.com.br>

BILAC PINTO, Olavo. O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Moderna Empresas Públicas in RDA, vol. 32. Rio de Janeiro: FGV, 1953. Arquivo em PDF disponível na Internet no endereço <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12801>

BONFIM, Natália Bertolo. O Interesse Público nas Sociedades de Economia Mista. Dissertação (Mestrado). USP: 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das Sociedades Anônimas*. 1º Volume. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das Sociedades Anônimas*. 2º Volume. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 4º Volume. Tomo I. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHOSA, Modesto; EIZERIK, Nelson. *A Nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Empresa Pública no Direito Brasileiro* in RDA, vol. 91. Rio de Janeiro: FGV, 1968. Arquivo em PDF disponível na Internet no endereço <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/31119>

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, F.K.; SALOMÃO FILHO, C.. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CYRINO, André Rodrigues. *Até Onde Vai o Empreendedorismo Estatal? Uma Análise Econômica do Art. 173 da Constituição* in ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

EIZIRICK, Nelson. *Temas de Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

EIZIRICK, Nelson. *Sociedades Anônimas - Jurisprudência. III Tomo. Volumes I e II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

EIZIRICK, Nelson. *Leis das SA Comentada*. Vol. 3. São Paulo: Quartier latin, 2011.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUEDES, Felipe Machado. *As Empresas Estatais e o Direito Societário* in ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

LAMY FILHO, Alfredo. *Temas de S.A. – Exposições. Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *O Conceito Jurídico de Sociedade de economia Mista*. Revista de Direito Administrativo – RDA, vol. 79, Rio de Janeiro: FGV, 1965. Pág. 20. Disponível na Internet em formato PDF em [HTTP://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26726](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26726).

LEITE, Carina Lelis Nicoll Simões. *O Lucro nas Sociedades de Economia Mista* in ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

LIMA, Flavia; TORRES, Fernando. *Petróleo Reduz R\$16 bi da Perda com Defasagem*. Jornal Valor Econômico. Disponível na Internet: <http://www.valor.com.br/brasil/4357706/petroleo-reduz-r-16-bi-da-perda-com-defasagem>

ORDOÑEZ, Ramona; ROSA, Bruno. *Petrobras Quer Mais Reajustes de Combustíveis este Ano, Diz Graça Foster*. O Globo, edição de 13/05/2014.

Também disponível na Internet: <http://oglobo.globo.com/economia/petrobras-quer-mais-reajustes-de-combustiveis-este-ano-diz-graca-foster-12459256>

PINTO, Henrique Motta; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresas Estatais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal. Função Econômica e Dilemas Societários*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PRADO, Viviane Muller. *Conflito de Interesses nos Grupos Societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ROCHA, Astrid Monteiro de Carvalho Guimarães de Lima. *O Estado Empresário: Interesse Público, Conflito de Interesses e Comportamento Abusivo do Acionista Controlador das Sociedades de Economia Mista in* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHIRATO, Vítor Rhein. *Novas Anotações sobre as Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo – RDA, vol. 239. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Entidades Administrativas e Noção de Lucro*. Revista Trimestral de Direito Público – RDP, nº 6, 1994.

VALENTI, Graziell. *O Papel da Petrobras no Governo Lula*. Jornal Valor Econômico, edição de 28 de outubro de 2015. Disponível na Internet: <http://www.valor.com.br/empresas/4289690/o-papel-da-petrobras-no-governo-lula>