

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE
Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito

Carolina Feitosa Dolabela Chagas

**O PAPEL DO ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS (LEI Nº
13.303/16) NA CONCRETIZAÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS E ECONÔMICOS
DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.**

Belo Horizonte

2019

**O PAPEL DO ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS (LEI Nº
13.303/16) NA CONCRETIZAÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS E ECONÔMICOS
DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.**

Carolina Feitosa Dolabela Chagas

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Ciências
Humanas, Sociais e da Saúde (FCH), da Universidade
FUMEC.

Área de Concentração: Instituições Sociais, Direito e
Democracia

Linha de Pesquisa: Esfera Pública, Legitimidade e
Controle.

Orientadora: Prof.(a). Dra. Maria Tereza Fonseca
Dias

Co orientador: Prof. Dr. Sérgio Mendes Botrel
Coutinho

Belo Horizonte

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C433p Chagas, Carolina Feitosa Dolabela, 1979-

O papel do estatuto jurídico das empresas estatais (lei nº 13.303/16) na concretização dos interesses públicos e econômicos das sociedades de economia mista / Carolina Feitosa Dolabela Chagas - Belo Horizonte, 2019.

124 f. : il. ; 29,7 cm

Orientadora: Maria Tereza Fonseca Dias

Coorientador: Sergio Mendes Botrel Coutinho

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2019.

1. Interesse público. 2. Empresas estatais. 3. Sociedades de economia mista. I. Título. II. Dias, Maria Tereza Fonseca. III. Coutinho, Sergio Mendes Botrel. IV. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.72

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC



UNIVERSIDADE
FUMEC/FCH

FAVULADAL DE CIÊNCIAS
HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

AVALIAÇÃO FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

M. T. Dias

Profa. Dra. Bruna Rodrigues Colombarolli

Bruna Colombarolli

Prof. Dr. Luciano de Araújo Ferraz

Luciano de Araújo Ferraz

Prof. Dr. Sérgio Mendes Botrel Coutinho

Sérgio Mendes Botrel Coutinho

MESTRANDO: CAROLINA FEITOSA DOLABELA CHAGAS

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

“O PAPEL DO ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS (LEI Nº 13.303/16) NA CONCRETIZAÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS E ECONÔMICOS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA”

RESULTADO FINAL:

Aprovada

Data da Defesa: 29/03/2019

À Maria Luiza, minha maior fonte de inspiração e incentivo
Ao Guilherme, pelo amor e companheirismo.

AGRADECIMENTOS

À Deus que me guiou e fortaleceu nesta caminhada, em que a perseverança e coragem foram determinantes.

À minha filha, Maria Luiza, pelo aprendizado constante e amor nas horas em que tudo parecia perdido.

Ao Guilherme, meu companheiro na vida, toda a minha admiração e gratidão pelo olhar sempre acolhedor.

Aos meus pais, pelo estímulo à busca do conhecimento.

Ao meu avô, que mesmo de longe se faz presente como exemplo de resiliência e amor fraterno.

À minha orientadora e amiga, Maria Tereza Fonseca Dias, toda a minha gratidão e admiração pela dedicação, competência e retidão, equilibrados com extrema doçura.

Ao meu co-orientador Sérgio Mendes Botrel Coutinho, pelas importantes reflexões sobre o direito societário, que serviram de inspiração e engrandeceram sobremaneira este trabalho.

Aos meus amigos e professores, Marina Esteves Lopes, Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva, Marcus Vinícius Pereira de Castro, Virgínia Kirchmeyer Vieira e Luciano de Araújo Ferraz, pelo compartilhamento do conhecimento e estímulo à pesquisa.

À Claudinha e Júlio, competentes funcionários da secretaria da FUMEC, pelo apoio e comprometimento.

Aos meus amigos do Mestrado, especialmente à Lorena, Letícia, Samira e Fabiana, vocês tornaram a caminhada mais leve.

“Quem examina a Lei n. 13.303/16 sem atenção as bases conceituais impostas pela Constituição, dará a ela uma extensão absolutamente indevida. E há um complicador: essas bases conceituais não decorrem da literalidade constitucional, estão implícitas. Nos termos já sentados pelos clássicos, a interpretação literal deve ceder às exigências sistemáticas. O sentido e o alcance das normas não ditadas, tão somente pela literalidade, mas pela compreensão delas a partir do todo”.

Ricardo Marcondes Martins.

RESUMO

O presente estudo centrou-se no estatuto jurídico das empresas estatais (empresa pública, sociedade de economia mista e de suas subsidiárias) instituído pela Lei n.º 13.303/16. Partiu-se da análise dos instrumentos voltados à governança corporativa, controle interno, transparência e conceito de “relevante interesse coletivo” no referido estatuto para a verificação de sua contribuição para a adequada delimitação da atuação do interesse público e do interesse econômico das sociedades de economia mista. O objetivo foi compreender, por meio da distinção entre os conceitos de interesse público, interesse econômico e “relevante interesse coletivo”, as especificidades vivenciadas pelas sociedades de economia mista enquanto entidades da Administração Pública Indireta. Estabelecidos os conceitos, foram discutidos em que medida os mecanismos voltados ao controle, transparência e profissionalização da sociedade de economia mista podem conferir efetividade a delimitação conceitual, na medida em que podem ser considerados como instrumentos para a adequada consecução de todos os interesses envolvidos. O estudo contou com pesquisas teórico-bibliográficas, em livros, internet, artigos, revistas jurídicas e documentais, sendo utilizada a legislação e decisões judiciais. Empregou-se o método exploratório e dedutivo, uma vez que a pesquisa partiu do estudo dos interesses público e econômico das sociedades de economia mista nacional e as contribuições da Lei n.º 13.303/16. Por meio de interpretação sistêmica da Lei foi possível perceber a relevância que os conceitos jurídicos indeterminados de “interesse público” e “relevante interesse coletivo” possuem na delimitação do papel das sociedades de economia mista. Verificou-se que, para além da finalidade do conjunto de ferramentas jurídicas previstas na Lei sob comento, que estabelecem sistema de governança corporativa, controle e transparência, voltados a gestão mais eficiente, profissionalizada e proba. Constata-se a contribuição dada de forma relevante para a proteção do interesse público enquanto objetivo finalístico dessas empresas, sem retirar-lhes a autonomia enquanto empresas e proporcionar o equilíbrio entre os interesses públicos e econômicos.

PALAVRAS-CHAVE: Interesse público; Interesse Econômico; Empresas Estatais; Sociedades de Economia Mista; Lei n.º 13.303/16.

ABSTRACT

The present study focused on the legal status of state-owned enterprises (public company, mixed-capital company and its subsidiaries) established by Law 13303/16. Starting from the analysis of the instruments aimed at corporate governance, internal control, transparency and the concept of "relevant collective interest" in the said institute to verify its contribution to the proper delimitation of the performance of the public interest and economic interest in economic societies mixed. The objective was to understand, through the distinction between the concepts of public interest, economic interest and "relevant collective interest", the specificities experienced by mixed capital companies as an entity of the Indirect Public Administration. Having established the concepts, it was discussed to what extent the mechanisms aimed at the control, transparency and professionalization of the mixed economy society can give effect to the conceptual delimitation, since they can be considered as instruments for the adequate attainment of all the interests involved. The study included theoretical-bibliographic research in books, internet, articles, legal journals and documentaries, using legislation and judicial decisions. The exploratory and deductive method was used, since the research started from the study of the public and economic interests in the national mixed economy societies and the contributions of Law 13303/16. Through a systemic interpretation of the Law, it was possible to perceive the relevance that the indeterminate juridical concepts of "public interest" and "relevant collective interest" have in the delimitation of the role of mixed economy societies. It was verified that, in addition to the purpose of the set of legal tools provided for in the Law under discussion, which establish a system of corporate governance, control and transparency, aimed at a more efficient, professional and really management, relevant for the protection of public interest as a final objective of these companies, without removing their autonomy as companies and providing a balance between public and economic interests.

KEYWORDS: Public interest; Economic Interest; State Companies; Societies of Mixed Economy; Law 13303/16.

LISTA DE ABREVIATURAS

§ - parágrafo

ANTT – Agência Nacional de Transporte Terrestre)

ANAC - Agência Nacional de Aviação

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações)

ANP - Agência Nacional de Petróleo

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica

ANS - Agência Nacional de Saúde

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Art. - Artigo

CEMIG - Companhia Energética de Minas

CF – Constituição Federal

CODEMIG - Companhia de Desenvolvimento Econômico

COPASA - Companhia de Saneamento Básico de Minas Gerais

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CSN - Companhia Siderúrgica Nacional

CVRD - Companhia Vale do Rio Doce

CGPAR - Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União

DEST - Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais

EMATER - Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural de Minas Gerais

EPAMIG - Empresa de Pesquisa Agropecuária de Minas Gerais

IRB – Instituto de Resseguros do Brasil

PDG – Programa de Dispêndios Globais

PPP – Programas de Parcerias Privadas

PND - Programa Nacional de Desestatização

RE - Recurso Extraordinário

Rel. - Relator

RT - Revista dos Tribunais

Séc – Século

SEST - Secretaria de Controle das Empresas

SEM - Sociedade de economia mista

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EMPRESAS ESTATAIS E A EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA	18
2.1 Atuação do Estado na ordem econômica	18
2.2 Contexto histórico e desenvolvimento das empresas estatais no Brasil	30
2.3 Evolução legislativa das empresas estatais – do Decreto Lei 200/67 até a CRFB/88	37
2.4. Abrangência e atividades desenvolvidas por empresas estatais	42
2.5. Evolução do regime jurídico das sociedades de economia mista	46
3 INTERESSES PÚBLICO, PRIVADO E COLETIVO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA	51
3.1 Interesse público	51
3.3 O interesse público e sua supremacia apriorística no Estado Democrático de Direito	42
3.2. Interesse econômico	60
3.4 Interesse público e econômico das sociedades de economia mista	64
3.5 Relevante Interesse coletivo como premissa para atuação das sociedades de economia mista	77
4. MECANISMOS DA LEI Nº 13.303/16 E IMPLEMENTAÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS E ECONÔMICOS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA	81
4.1 Governança corporativa	81
4.2 Órgãos societários: Assembleia Geral de Acionistas e Administradores	90
4.2.1. O controle societário das sociedades de economia mista	93
4.2.2 Evolução legislativa do controle societário: Leis nº 6404/76 e 13.303/76	99
4.2.3 Profissionalização dos administradores: Lei nº 13.303/16 e a mudança de paradigma na gestão das sociedades de economia mista	107
4.3. Controle interno	112

4.4	Transparência	114
4.5	Objetivação conceito de “interesse coletivo” trazido pela Lei n.º 13.303/16	117
5	CONCLUSÕES	127
	REFERÊNCIAS	132

1 INTRODUÇÃO

A atuação do Estado na economia é um dos temas mais polêmicos e debatidos ao longo dos tempos. Eloi Pethechust e Marcia Carla Pereira Ribeiro¹ assinalam que, dentre as várias questões que são objeto de discussão, talvez uma das mais polêmicas e cercada de controvérsias resida na relação entre o interesse público e o interesse econômico na atuação do Estado sobre a economia por meio das empresas estatais, especialmente as Sociedades de Economia Mista.

Pelo fato das empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias) congregarem construções típicas dos regimes jurídicos de direito privado (lucro, forma societária, obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias) e de direito público (exigência de concurso público e realização de licitação para aquisição de bens e serviços), acabam por se deparar com a necessidade de equilíbrio entre o atendimento de sua finalidade de interesse público e econômico.

O cenário supracitado refere-se a um aspecto intrínseco à natureza empresarial, que torna controversa a discussão sobre os limites da interferência dos citados interesses na condução das atividades das empresas estatais, principalmente, das sociedades de economia mista, em que há participação de capital privado na sua constituição.

Na atuação das sociedades de economia mista - com especificidade de casos em que se tem a exploração de atividade econômica em regime concorrencial - evidencia-se a dificuldade de saneamento do aparente “conflito” entre o interesse público, motivo autorizador da criação das referidas entidades, e o interesse econômico, que garante a sustentabilidade e crescimento da atividade empresarial.

Aspectos como a ausência de “identidade” entre as atividades que comumente desempenham (se prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica); a dificuldade de seus administradores e do acionista controlador na definição dos limites de suas atribuições e responsabilidades acabam por desencadear um “conflito” entre interesse econômico e interesse público” no âmbito da gestão. Como desdobramento desta condição, vislumbra-se, muitas vezes, uma zona de difícil controle, de modo que a sua identificação fica à critério da discricionariedade de seus administradores ou de seu acionista controlador.

¹ PETHECHUST, Elói; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Perspectivas para as empresas estatais no Brasil:** propostas para um estatuto jurídico. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 99-121, out./dez.2015.

Os casos recentes de exposição negativa de empresas estatais descritos por Ubiratan Jorge Iorio e Leandro Roque², ocasionados por fatos associados a fraudes em sua gestão, ausência de transparência e mecanismos de controle falhos, transformaram em urgente a necessidade de adoção de práticas de governança corporativa que ampliem a profissionalização da gestão e favoreçam a integridade, lisura e eficiência na atuação dessas sociedades.

Na opinião de Carolina Coletta³, as empresas de controle estatal revelam especificidades que podem desencadear alguns conflitos de interesses, enfatizando a urgência de que sejam adotadas boas práticas de governança corporativa.

Ademais, Mário Gomes Schapiro e Sarah Morganna Matos Marinho⁴ apontam alguns gargalos que podem se fazer presentes nas estatais, dentre eles o frágil monitoramento por parte do Estado sendo o mais importante deles, a possibilidade de descumprimento de suas obrigações contratuais em razão das motivações políticas e o uso de acordos e atitudes políticas focadas no benefício próprio.

Nesse contexto foi publicada, em 1º de julho de 2016, a Lei nº 13.303/2016⁵, também conhecida como Estatuto Jurídico das Empresas Estatais regulamentando o art. 173, da CRFB/88⁶, inserido no texto constitucional pela Emenda nº 19 de 1998.

A chamada Lei das Estatais dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo as que exploram atividade econômica em sentido estrito, as que prestam serviços públicos e as que exploram atividade econômica sujeita ao regime de monopólio da União.

Seguindo o caminho da valorização das boas práticas de governança corporativa expresso no Decreto Federal n.º 6021/2007⁷ - que cria a Comissão Interministerial de

2 IORIO, Ubiratan Jorge, ROQUE, Leandro. **Por que empresas estatais tendem à corrupção e à ineficiência**. Mises Brasil, 2016. Disponível em <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1993>>. Acesso em: 04 de mar. 2018.

3 COLETTA, Carolina. **Governança corporativa em empresas estatais: uma revisão do panorama atual**. 2017. https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3568326/mod_resource/content/1/Carolina.pdf.

4 SCHAPIR, Mário Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. **Conflito de Interesses nas Empresas Estatais: Uma análise dos casos Eletrobrás e Sabesp**. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 3, 2018, p.1424-1461.

5 BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

6 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

7 O Decreto n.º 6021/2007 da União Federal que cria a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União - CGPAR, e dá outras providências, define governança corporativa como o “conjunto de práticas de gestão, envolvendo, entre outros, o relacionamento entre acionistas

Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União – CGPAR - a Lei nº 13.303/2016 apresenta regras gerais de estrutura societária, mecanismos de controle interno e externo, gestão de riscos, ampliação da transparência, com o intuito de propiciar a redução dos desvios de recursos públicos e desmandos de gestão e privilegiar a eficiência, lisura e maior celeridade em sua atuação, por meio de regras próprias de licitação e contratação.

O Estatuto trouxe consigo, a ideia de que o direito possui mecanismos de prevenção suficientemente satisfatórios para impor limites aos desvios verificados e, por isso, a Lei das Estatais introduz uma diversidade de mecanismos jurídicos que restringem substancialmente a autonomia dos governantes e gestores na condução das atividades das empresas estatais (JUSTEN FILHO, 2016, p. 11).

Ademais, a Lei 13.303/16, delimita e objetiva a ambivalência público-privada das empresas estatais, pois, tão ou mais importante que atividades empresariais bem-sucedidas, estão a satisfação do interesse público que motiva sua criação - finalidade precípua a ser alcançada em sua atuação.

Dessa forma, é de suma importância a avaliação das contribuições da Lei nº 13.303/2016 acerca da adequada delimitação, em consonância com a CRFB/88⁸, da atuação do interesse público e do interesse econômico nas empresas estatais, em especial, das sociedades de economia mista, cujo aparente conflito entre tais interesses é mais evidente.

Baseando-se nos esclarecimentos de Alexandre Santos de Aragão⁹ tem-se que a preocupação com a compatibilização do interesse público e econômico é conatural às sociedades de economia mista e, justamente por serem intrínsecos à sua atuação e dada a sua finalidade pública, delimitou-se as seguintes questões norteadoras deste estudo jurídico: em que medida os instrumentos de governança corporativa, controles internos e ações de transparência introduzidos pela Lei nº 13.303/16 podem colaborar para a proteção do relevante interesse coletivo a que se vincula a criação da estatal e, conseqüentemente, a consecução do interesse

ou quotistas, conselhos de administração e fiscal, ou órgãos com funções equivalentes, diretoria e auditoria independente, com finalidade de otimizar o desempenho da empresa e proteger os direitos de todas as partes interessadas, com transparência e equidade, com vistas a maximizar resultados econômicos-sociais da atuação das empresas estatais federais.”

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais**: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. São Paulo: Forense, 2017. p. 138. A sociedade de economia mista pretende ser um instrumento de conjugação de esforços públicos e privados na consecução de fins socialmente relevantes e potencialmente lucrativos. Trata-se, portanto, de um ente ontologicamente prenhe de contradições, mas que, justamente em razão delas, possui algumas vantagens em relação às outras modalidades administrativas de atuação. O seu ponto fraco é também o seu ponto forte, dilema este – entre lucratividade e objetivos públicos – que está longe de ser uma peculiaridade exclusivamente brasileira.

público enquanto finalidade precípua das sociedades de economia mista? Qual a contribuição dos interesses econômicos e seu papel na Lei 13.303/16? Poder-se-ia, ainda, afirmar que a Lei nº 13.303/16 contribui, por intermédio de seus mecanismos de governança corporativa, controle e transparência, com a implementação dos múltiplos interesses dessas sociedades?

O objetivo geral do trabalho foi demonstrar o papel da Lei nº 13.303/16 na proteção dos interesses públicos e econômicos das sociedades de economia mista. No que diz respeito aos objetivos específicos, os mesmos foram assim definidos:

- a) estudar a importância do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Lei 13.303/16) para a discussão e definição dos interesses público, econômico e coletivo das sociedades de economia mista no Estado Democrático de Direito, propondo-se a reflexão sobre sua relevância na atuação do Estado na ordem econômica nacional;
- b) Correlacionar os interesses público, privado e coletivo das sociedades de economia mista no Estado Democrático de Direito explicitando o relevante Interesse coletivo como premissa para atuação das sociedades de economia mista; e
- c) Refletir o estatuto jurídico das estatais (Lei nº 13.303/16) e seus mecanismos de implementação dos interesses públicos e econômicos das sociedades de economia mista sob o viés da governança corporativa, dos órgãos societários: Assembleia Geral de Acionistas e Administradores e a objetivação conceito de “interesse coletivo” trazido pela Lei nº 13.303/16.

Para tanto, justifica-se a realização dessa pesquisa em razão de se buscar maior domínio das normas e objetivos do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016) contribuindo com maior objetivação dos conceitos jurídicos indeterminados, “interesse público” e “relevante interesse coletivo” para demonstrar que seu alinhamento conceitual favorece o maior equilíbrio na atuação das sociedades de economia mista.

Não obstante, parte-se da premissa de que é necessário refletir acerca do regime jurídico das sociedades de economia mista à luz da Lei nº 13.303/16 e da inevitável falência da dicotomia que segrega empresas estatais entre prestadoras de serviço público e aquelas que exploram atividade econômica.

A relevância do estudo jurídico proposto reside na importância de se discutir em que medida os instrumentos de governança corporativa, que trazem mecanismos de proteção e controle dispostos pela lei, contribuem para melhor delimitar o papel dos interesses público e econômico, especialmente das sociedades de economia mista. Deste modo, permite-se que seja reforçado o entendimento de que seria juridicamente mais acertada a demonstração da possibilidade de coexistência e compatibilização entre esses interesses, evidenciando-se

durante todo o trabalho que tais interesses se complementam e, por isso, retroalimentam e sustentam essas sociedades.

Adota-se a premissa de que interesse público e interesse econômico integram a gestão das sociedades de economia mista, sem que haja, necessariamente, primazia ou sobreposição prévia de um interesse público sobre o econômico, devendo as decisões corporativas nessas companhias serem tomadas levando-se em consideração o sopesamento do interesse no caso concreto.

Sendo assim, o presente estudo visa contribuir com maior conhecimento acerca dos interesses que precisam ser avaliados, sem primazia ou mitigação de um interesse em detrimento do outro, objetivando, por conseguinte, o adequado enquadramento constitucional do papel dessas sociedades enquanto entidade integrante da Administração Indireta do Estado.

Para tanto, o tema posto em estudo pode revelar em que medida os administradores das empresas estatais, visando assegurar o cumprimento dos instrumentos de governança corporativa previstos na Lei 13.303/16, podem atuar em conformidade com o interesse coletivo previsto no objeto social das estatais, de forma a atingir o interesse público a que se destinam, sem que, para tanto, seja ignorado o interesse econômico intrínseco e necessário à sua sobrevivência.

Importante considerar como os instrumentos de governança, controle e transparência contribuem para a efetivação dos interesses envolvidos na atuação da gestão das referidas sociedades. Isto é, buscando evitar que, arbitrariamente e sem respaldo constitucional, sejam tomadas decisões que privilegiem demasiadamente um interesse em detrimento do outro, ferindo os fundamentos constitucionais que respaldam o relevante interesse coletivo que justificaram a sua criação.

Além da profissionalização da gestão das entidades sob comento, especial contribuição é buscada no sentido de propiciar análise crítica sobre como o controle, a transparência e a simetria de informações podem contribuir para a atuação dessas sociedades de forma aderente com seu objeto social e com a finalidade pública dele advinda.

Ainda, o “relevante interesse coletivo”, expressão antes da Lei nº 13.303/16 implícita na Lei que autoriza a criação da empresa, com o novo advento, segundo seu art. 2º, § 1º, deve constar expressamente no dispositivo jurídico que autoriza a sua criação, a indicação de forma clara do relevante interesse coletivo que motiva sua existência. Evidencia-se que a mudança de cunho formal pode contar com significativas alterações no planejamento e objetivos almejados, sem que seja possível oscilações de atuação permitidas pela amplitude e generalidade dos objetos sociais anteriormente previstos para essas empresas.

A presente pesquisa e seus resultados podem, ainda, contribuir para o estabelecimento de sociedades de economia mista mais eficientes e aderentes aos seus objetivos finalísticos, considerando a pluralidade de interesses a elas intrínsecos, de forma a propiciar para o melhor direcionamento da tomada de decisões, tanto dos administradores, quanto do acionista controlador, além de preservar a importância do acionista minoritário privado.

Sob a ótica metodológica, o estudo contou com pesquisas teórico-bibliográficas, em livros, internet, artigos, revistas jurídicas e documentais, sendo utilizada a legislação nacional e jurisprudências. Empregou-se o método dedutivo, uma vez que a pesquisa parte do estudo dos interesses público e econômico das sociedades de economia mista nacional e as contribuições da Lei nº 13.303/16. Além de serem adotados os procedimentos técnicos, que são: análise teórica, análise interpretativa, análise crítica e análise histórica.

A metodologia de pesquisa bibliográfica, segundo Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias¹⁰, é de suma importância pois favorece a definição de contornos mais precisos da problemática a ser estudada. Além de ser considerada como básica em um trabalho acadêmico por proporcionar uma reflexão breve acerca dos fundamentos teóricos do pesquisador. Não obstante, procedeu-se com balanço crítico da bibliografia diretamente relacionada com a pesquisa, compondo o que comumente é chamado de quadro teórico ou análise crítica atual das artes.

Importa ressaltar o uso da gama de material bibliográfico que trata dos interesses público e econômico das sociedades de economia mista nacional e as contribuições da Lei nº 13.303/16 com base na doutrina e na jurisprudência pátria, consultando-se as matérias veiculadas nas mídias reconhecidas no meio científico e acadêmico, bem como o resumo dos encontros jurídicos em que diversos especialistas debateram o assunto.

Assim, pode-se dizer que essa pesquisa jurídica teve como método principal o hipotético-dedutivo explicado por Orides Mezzaroba e Cláudia Monteiro¹¹, pois, partiu-se de uma premissa maior e passou-se a experimentá-la através de processo de falseamento, ou seja, utilizando dos argumentos que defendem determinado ponto de vista, bem como citar opiniões contrárias a teoria defendida.

A hipótese do estudo aqui proposto é a de que mecanismos de governança corporativa, voltados aos órgãos societários, controle interno e medidas de transparência, assim como a

¹⁰ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

¹¹ MEZZAROBA, Orides. Monteiro. Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

objetivação do conceito “relevante interesse coletivo”, dispostos pela Lei 13.303/16 contribuem para a aproximação das sociedades de economia mista de seus interesses públicos em conformidade com os interesses econômicos intrínsecos à sua atuação, sem que ao contrário, favoreçam maior autonomia dessas entidades e seu afastamento de sua natureza de empresa estatal. O referencial teórico adotado neste trabalho é baseado, especialmente na obra de Mário Engler Pinto Júnior¹² e Vitor Rhein Schirato¹³.

Segundo Mário Engler Pinto Júnior¹⁴ (p.227) não seria exagero afirmar que as sociedades de economia mista enfrentam, atualmente, sério problema de crise de identidade. Segundo o autor, tal problema decorreria, em grande parte, da falta de referencial teórico sobre seu verdadeiro papel no contexto socioeconômico:

A atuação empresarial pública nunca será economicamente neutra ou vazia de conteúdo axiológico. No modelo constitucional brasileiro, não existe hipótese jurídica de a companhia controlada pelo Estado guiar-se exclusivamente pelos impulsos de mercado e de forma desvinculada do interesse público que lhe é peculiar.

Vitor Rhein Schirato¹⁵ (p.20) aponta que nesse cenário de necessário atendimento ao interesse público, especialmente das sociedades de economia mista, em que há mais profunda e evidente interferência do interesse econômico, necessário que seja questionado o dogma do interesse público. E o autor ainda explicita:

Nessa tentativa de construção de uma noção de interesse público, foi comum a atribuição ao título de públicos aos interesses próprios da Administração Pública, sobretudo nos momentos de ampliação das áreas de atuação do Estado. Vale dizer, passou-se a considerar como públicos interesses que não apresentavam caráter de coletivos, transindividuais, mas que eram interesses simplesmente perseguidos pela Administração Pública por razões outras não dotadas de coletividade (não necessariamente com a finalidade de se cometerem ilicitudes) (p.176).

Também foram consideradas algumas decisões judiciais acerca da incidência dos controles nas empresas estatais na apuração do atendimento do interesse público e econômico e a atuação dos administradores e do acionista controlador no atendimento do interesse público.

Posteriormente, foi elaborada análise crítica, a fim de verificar em que medida os mecanismos trazidos pela Lei n.º 13.303/16, mesmo que indiretamente, contribuíram para a melhor delimitação dos interesses público e econômico das sociedades de economia mista.

¹² PINTO JUNIOR, Mário Engler. **Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários**.FVG. São Paulo: Atlas, 2013. p.5.

¹³ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p.25

¹⁴ PINTO JUNIOR, Mário Engler. **Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários**.FVG. São Paulo: Atlas, 2013. p.5.

¹⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p.25

Partiu-se da prerrogativa de que, além do método hipotético-dedutivo foram utilizados também alguns métodos auxiliares, tais como: método comparativo - os interesses público e econômico seguindo certa atuação harmoniosa enquanto alternativa para o avanço e o alcance das sociedades de economia mista no cenário econômico nacional. Vale mencionar ainda, que a pesquisa bibliográfica foi indireta, já que não se realizou pesquisa de campo, utilizou-se dados que já foram estudados para melhor reforçar a ideia defendida nesse texto acadêmico.

Na estrutura dessa pesquisa jurídica, além desta Introdução, foi adotada a organização que conta com o Capítulo 2 no qual se expõe os pilares históricos e a evolução das empresas estatais no Brasil, dando ênfase ao regime jurídico das empresas estatais até o advento da lei n.º 13.303/16, discute-se a atuação do Estado na ordem econômica e suas atribuições executora e regulatória. Posteriormente, o Capítulo 3 abordou a importância do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Lei 13.303/16) para a discussão e definição dos interesses público, econômico e coletivo das sociedades de economia mista no Estado Democrático de Direito, propondo-se uma reflexão sobre sua relevância na atuação do Estado na ordem econômica nacional. No Capítulo 4 foram relacionadas as abordagens acerca dos interesses público, privado e coletivo das sociedades de economia mista no Estado Democrático de Direito dando ênfase também ao relevante Interesse coletivo como premissa para atuação das sociedades de economia mista e a objetivação conceito de “interesse coletivo” trazido pela Lei n.º 13.303/16.

Por fim, as Conclusões retomam os principais aspectos dispostos na Introdução, explicitando o que foi alcançado em cada um dos objetivos específicos e com o objetivo geral, dispondo a resposta para a pergunta problema e as reflexões acerca das contribuições da Lei n.º 13.303/16 na atuação do interesse econômico e interesse público.

2 EMPRESAS ESTATAIS E A EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

2.1 Atuação do Estado na ordem econômica

Na hipótese em que o Estado possui função executória, ele intervém diretamente na economia por meio de suas empresas estatais¹⁶, com objetivos pré-estabelecidos em Lei que justificam sua criação, para atuação em determinada área econômica, passando da posição de supervisor da atividade dos particulares para executor direto.

A atuação empresarial do Estado, segundo a CRFB/88¹⁷, pode ocorrer visando:

- (i) a prestação de serviços públicos de titularidade estatal;
- (ii) a exploração de monopólio, hipótese em que o Estado possui exclusividade na exploração das atividades elencadas no art. 177 da CRFB/88 e;
- (iii) o exercício de atividade econômica sujeita à livre iniciativa e em regime de competição com o mercado privado, nos termos do art. 173 da CRFB/88.

Na situação em que o Estado possui função regulatória, sua atuação ocorre por meio da regulação de atividades exercidas pelo particular, como forma de coibir, por exemplo, a violação à livre iniciativa, punindo aglomerações de empresas ou acordos prejudiciais à livre concorrência.

O art. 174 da CRFB/88 dispõe que compete ao Estado regulador as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, visando contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país.

Nas situações em que o Estado é executor e não há direito ao exercício da atividade pelo setor privado - como nas hipóteses de prestação de serviços públicos do art. 175 e monopólios públicos do art. 177, ambos da CRFB/88 - Alexandre Santos de Aragão¹⁸ reforça que não há liberdade constitucional de iniciativa aos particulares a ser restringida, seja por que a decisão de transferir serviços públicos ao particular é sempre do Estado ou, seja em razão dos monopólios econômicos reservados ao Estado pela Constituição da República como matérias de relevante interesse geral.

¹⁶ Para José dos Santos Carvalho Filho a exploração econômica por meio de empresas estatais seria indireta, uma vez não se executada pelos federativos (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal). O posicionamento do autor nesse ponto é minoritário.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. São Paulo: Forense, 2017. p. 94.

Assim, Caio Tácito¹⁹ explica que, quando o interesse público recomenda que se reserve ao Estado a exclusividade de determinada atividade econômica, em proteção ao interesse geral, declara a norma que se tem o monopólio estatal de direito, evidenciando, por conseguinte, como ilícito, qualquer ato de concorrência no tocante àquela atividade.

Já na hipótese do art. 173²⁰, ao Estado só será permitido intervir na atividade econômica por meio de empresas estatais, quando for necessário aos imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme definidos em Lei, dada a incidência da livre iniciativa, princípio regra da ordem econômica constitucional.

A redação do artigo evidencia que, para a atuação direta do Estado na economia, há limitações constitucionais ao exercício de intervenção²¹ direta o que, por meio de uma leitura conjunta do citado art. 173 com o do inciso IV do artigo 170 da CRFB/88 compete, como regra, à iniciativa privada a exploração da atividade econômica com finalidade lucrativa, sendo a atuação do Estado interpretada de forma restritiva, por se caracterizar como excepcionalidade.

Quando o Estado atua em regime concorrencial, sua atuação possui natureza subsidiária, ou seja, o Estado apenas poderia intervir na economia de forma supletiva e complementar, buscando preencher lacunas na atuação dos particulares.

Segundo Alexandre Santos de Aragão²², com o qual a presente pesquisa compartilha do entendimento, a subsidiariedade é um princípio. Segundo o autor, a invocação do princípio da

¹⁹ TÁCITO, Caio. Regime jurídico das empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 195, p. 1-8, jan. 1994. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45976/47417>>. Acesso em: 24 set. 2018.

²⁰ 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.

²¹ Neste trabalho adotar-se-á a palavra intervenção para designar a atuação direta do Estado no domínio econômico, exercida por meio de empresas estatais, adotando-se a expressão intervenção para denominar sua intervenção direta na ordem econômica, exercida por meio de empresas estatais. Sérgio Augusto G. Pereira de Souza entende que a palavra intervenção, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser utilizado para conceituar a intervenção do Estado *stricto sensu*, que ocorre por meio de sua atividade enquanto agente normativo e regulador. Tal atuação se vislumbra no art. 174 da CRFB/88. Seria, portanto, na visão do autor, mais adequada a utilização da palavra participação para denominar a atuação do Estado na ordem econômica por meio de empresas estatais, seja na prestação de serviços públicos ou na exploração de atividade econômica. (PEREIRA DE SOUZA, 2011, pag. 77-78). Segundo lição de Rodrigo César de Oliveira Marinho, pode-se dizer que “a intervenção econômica se materializa de duas formas primárias. Ela se dará de forma direta, e aí se tem a intervenção no domínio econômico propriamente dito; ou, de forma indireta, quando, então, se deve falar em intervenção do Estado sobre o domínio econômico.” (MARINHO, 2011, pag. 92). Ainda, segundo André Ramos Tavares, “na intervenção direta o Estado participa ativamente, de maneira concreta, na economia, na condição de produtos de bens e serviços. A intervenção estatal indireta refere-se a cobrança de tributos, concessão de subsídios, subvenções, benefícios fiscais e creditícios e à regulamentação (âmbitos normativos) de atividades econômicas desenvolvidas pelos particulares. (TAVARES, 2002, pag. 219)

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017. p. 92-93

subsidiariedade não está incorreta, mas, trata-se de princípio multifacetado, utilizado em diferentes áreas, sendo em todas empregadas para justificar a atuação em caráter não principal.

Assim, o princípio encontra-se implícito no capítulo da Ordem econômica, mais precisamente evidenciado no *caput* do art. 173, ao dispor que o Estado pode intervir na economia apenas quando houver imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Alexandre Santos de Aragão²³ afirma que o princípio da subsidiariedade é “[...] uma expressão do elemento necessidade do princípio da proporcionalidade.” Segundo tal princípio, o Estado deve atuar em relação à economia apenas quando a iniciativa privada não estiver sendo capaz de atender satisfatoriamente os interesses sociais ligados a determinada atividade econômica.

Lembra Egon Bockmann Moreira²⁴ que a subsidiariedade aplicada a ordem econômica diz respeito aos objetivos e finalidades a que o Estado se propõe ao intervir na economia, que devem ser voltados a satisfação de relevante interesse coletivo, apto a propiciar a consecução de resultados sociais de amplitude geral.

No que concerne às atividades exercidas, as empresas estatais classificam-se, conforme previsão constitucional implícita, em: “(i) exploradoras de atividade econômica, nos termos do art. 173, *caput* da CRFB/88) ou (ii) prestadoras de serviços públicos (art. 175, CRFB/88)”²⁵

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência, conforme demonstrado no posicionamento de Rafael Wallbach Schwind²⁶, reforçam tal definição e determinam o regime jurídico das mencionadas empresas a partir de sua atividade desenvolvida (se serviço público²⁷ ou exploração econômica), já que tal distinção foi e ainda é, o principal critério para definição

²³ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais**: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. São Paulo: Forense, 2017. p. 91

²⁴MOREIRA, Egon Bockmann, **Duas polêmicas da nova lei de responsabilidade das empresas estatais**: conflito federativo e direito intertemporal. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/duas-polemicas-da-nova-lei-de-responsabilidade-das-empresas-estatais-conflito-federativo-e-direito-intertemporal-3lzym9s4gpos25w70xdeevxj>>. Acesso em: 19 de nov. 2018.

²⁵O art. 175 da CRFB/88 não dispõe - ao menos expressamente - acerca de empresas estatais prestadoras de serviços públicos, mas refere-se à obrigação do Estado em prestar serviços públicos, sendo a empresa estatal, indubitavelmente, um dos mecanismos escolhidos pelo Estado para a prestação de tal atividade.

²⁶SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado Acionista** - Empresas Estatais e Empresas Privadas com Participação Estatal. São Paulo: Leya, 2018.

²⁷Segundo Alexandre Wagner Nester, há traços gerais que caracterizam serviço público no Brasil, a saber: “[...] trata-se de atividade administrativa de prestação positiva destinada à satisfação de necessidades fundamentais, de titularidade do Estado, assumida por este como essencial para a coletividade, que pode ser executada diretamente pelos entes estatais ou através de empresas privadas mediante concessão, sempre com base num regime jurídico de direito público, a ser aproveitada por todos os usuários de forma igualitária, regular e contínua. (2012, p.455)

do regime jurídico aplicado à empresa estatal: quando mais voltado ao direito público ou ao direito privado.

Assim, em decorrência da atividade exercida são conferidas, por exemplo, prerrogativas às empresas prestadoras de serviço públicos não extensíveis àqueles que atuam na atividade econômica, como a isenção tributária e benefícios processuais extensíveis à Fazenda Pública.

Eros Roberto Grau²⁸ em sua obra “A ordem Econômica na Constituição de 1988” explicita a dificuldade em realizar-se a segregação desses conceitos, demonstrando inclusive que, por serem conceitos que se entrelaçam, não seria possível essa separação, estando a expressão serviço público subsumida à atividade econômica, ou seja, dentro do gênero atividade econômica seriam espécies serviço público e atividade econômica em sentido estrito.

Rafael Wallbach Schwind²⁹ defendeu a abrangência do regime jurídico de licitações e contratos previsto no art. 22, XXVII da CRFB/88 para as empresas prestadoras de serviço público, não obstante o artigo referir-se expressamente ao art. 173, § 1º, III, compreendendo, portanto, na visão do autor, as empresas estatais incumbidas de prestação de serviços públicos, a partir da noção ampla de atividade econômica.

Contudo, para Eros Roberto Grau³⁰, o art. 173 apenas poderia ser aplicado às empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito, estando excluídas as empresas estatais que prestam serviços públicos.

O STF tem reforçado sistematicamente, em diversas decisões³¹, esse posicionamento tradicional, estabelecendo a dicotomia do regime jurídico das empresas estatais em prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica.

Segundo tal entendimento, nos casos em que a atuação empresarial se volta à prestação de serviços públicos, o regime jurídico deverá ser mais aproximado ao de direito público e, ao contrário, se a atividade exercida tiver características de atividade econômica em sentido estrito, o regime será mais próximo do direito privado. (MENDES, 2012, p. 29)

28 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.253.

29 SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado Acionista - Empresas Estatais e Empresas Privadas com Participação Estatal**. São Paulo: Leya, 2018.

30 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.253.

³¹ ADI nº 1642 julgada em 03.04.2008, tendo como relator o Ministro Eros Grau:

Ementa: As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no parágrafo primeiro do art. 173 da Constituição da República da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. (...) (ADI 1642, Relator (a) Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 03.04.2008, DJE-177, publicado em 19.09.2008.)

Segundo Luciano Ferraz³², o STF também proferiu decisão quanto à aplicabilidade às empresas estatais, inclusive as exploradoras de atividades econômicas, a exigência da realização de concurso público (art. 37, II, da CR1988) para o provimento dos seus empregos, de acordo com o MS 21.322³³.

Assim, o regramento e os princípios constitucionais, tal como as demais normas legais, podem definir condicionamentos delimitadores às empresas estatais, comparando-as às empresas privadas. O regime jurídico das entidades estatais não é genuíno; do contrário, é complexo, abarcando maiores desdobramentos de opções constitucionais ou legislativas.

Não obstante, destaca-se que a sociedade de economia mista, bem como a empresa pública, não conta, por natureza, com nenhum privilégio estatal, só mensurando as prerrogativas administrativas, tributárias e processuais que lhes forem dadas na Lei específica que autorizou sua instituição ou em dispositivos legais especiais pertinentes.

No entanto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes³⁴ menciona que parte da doutrina vem apontando a necessidade de revisão do regime jurídico das empresas pautado na dicotomia serviço público *versus* atividade econômica, já que empresas prestadoras de serviços públicos estão autorizadas a desempenhar atividades econômicas conexas ao seu objeto social, o que dada a ausência de parâmetros claros e objetivos para a definição da natureza das atividades desempenhadas, torna a definição do regime jurídico dessas entidades tarefa difícil.

No mesmo sentido, para Vitor Rhein Schirato³⁵, tal dicotomia não mais seria possível. Com a evolução dos tempos, tal entendimento não mais se amolda à realidade de diversas empresas estatais que, apesar de prestadoras de serviço público, acabam exercendo atividades econômicas em sentido estrito, na medida em que atuam na atividade econômica, seria ignorar a realidade. Como resultado, empresas estatais criadas para prestar serviços públicos passam a atuar em contexto distinto, no qual além de prestarem suas atividades precípuas, atuam em outras correlatas em regime concorrencial. E o autor³⁶ exemplifica o exposto com a seguinte afirmação:

[...] podemos mencionar as empresas estatais atuantes no setor elétrico, constituídas para explorar suas atividades de forma verticalizada e em regime de monopólio e, a

32 FERRAZ, Luciano. **Novo estatuto das empresas estatais é constitucional**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-constitucional>>. Acesso em: 13 de dez. 2018.

33 STF, Relator ministro Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 3/12/1992, publicado no DJ 23/4/1993.

34 MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Princípio da eficiência**. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p.39-40

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

36 SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p.57

partir das reformas ocorridas na década de 1990, passaram a atuar em regime de competição e, em alguns casos passaram a desempenhar atividades classificadas como atividades econômicas, como ocorreu com a geração e comercialização de energia elétrica, que foram excluídas – ao menos parcialmente- do regime de direito público.

Descabe hoje, portanto, pretender realizar qualquer classificação estanque entre as empresas estatais em função da classificação prévia que a defina como exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviço público, já que tal dicotomia não mais seria apta a estabelecer definição precisa acerca do regime jurídico aplicado à empresa estatal.

De acordo com Vitor Rhein Schirato³⁷, tal fato se dá por duas razões muito simples: de um lado, não há uma linha divisória clara entre serviço público e atividade econômica, e, de outro, há atividades empreendidas pelas empresas estatais que não são serviços públicos nem atividades econômicas.

Schirato³⁸ ainda esclarece que:

No atual grau de desenvolvimento do Direito Administrativo Econômico, tem-se uma linha divisória muito tênue entre os serviços públicos e as demais atividades econômicas. Como resultado, as empresas estatais criadas anteriormente para prestar determinado serviço público passaram a atuar em contexto significativamente distinto, no qual deixaram de prestar ao menos parcela de suas atividades em regime exclusivamente público.

Carolina Dolabela Chagas e Maria Tereza Fonseca Dias³⁹ explicam que a definição do regime jurídico da empresa estatal pautado na dicotomia entre serviço público e exploração de atividade econômica tornou-se obsoleta, já que hoje a prestação de serviços públicos cada vez mais se imiscui no exercício da atividade econômica, sem por isso retirar-lhes o caráter de essencialidade.

Nesse sentido, não por acaso, as autoras⁴⁰ sugerem que o *caput* do art. 173 da CRFB/88 deixe de ser interpretado sob o enfoque do serviço público ou atividade econômica a que previamente se subordinam as empresas estatais, passando a se relacionar com o regime jurídico da atividade que desempenham e seu nível de relação com a atividade concorrencial privada.

³⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p.57

³⁹ CHAGAS, Carolina F. Dolabela; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da lei nº 13.303/2016** (“estatuto jurídico das estatais”). 2018. Disponível em: < www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/4139 >. Acesso em: 11 de maio 2018.

⁴⁰ CHAGAS, Carolina F. Dolabela; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da lei nº 13.303/2016** (“estatuto jurídico das estatais”). 2018. Disponível em: < www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/4139 >. Acesso em: 11 de maio 2018.

Evidentemente a interpretação do regime jurídico aplicável à empresa estatal, além de pautar-se nas atividades concretamente desempenhadas, deve ser realizada em conformidade com os preceitos constitucionais, de acordo com a complexidade econômica e social que permeia a atuação das empresas no cenário nacional, sob pena de permanecerem interpretações e, por conseguinte, benefícios e ou restrições indevidas.⁴¹

A Lei 13.303/16, ao regulamentar o art. 173 da CRFB/88, especificamente seu § 1º, parece confirmar a falência da dicotomia de regimes jurídicos entre empresas estatais, na medida em que estabelece em seu art. 1º que o estatuto jurídico aplica-se igualmente à empresa pública, da Sociedade de Economia Mista e de suas subsidiárias, integrante de qualquer ente federativo, que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos.

Contudo, a incidência do Estatuto Jurídico para todas as empresas estatais indistintamente é bastante controversa especialmente porque o texto constitucional destinou especificamente o art. 175 para a regulamentação da prestação de serviços públicos.

Nesse sentido, Jessé Torres Pereira Junior, Juliano Heiner, Marinês Restellato Dotti e Rafael Maffini⁴² afirmam que:

[...] o artigo 173, § 1º da CF, o qual consiste justamente na norma que confere, de modo direto e imediato, a legitimação constitucional da Lei 13.303/16, refere-se à “empresa pública, da Sociedades de Economia Mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”, optando, pois, a se limitar às estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito. Tal delimitação provavelmente decorre do fato de que a norma constitucional voltada à regulamentação da prestação de serviços públicos, inclusive por meio de empresas estatais, consiste no art. 175 da CF/88.

Para os autores⁴³, a Lei 13.303/16 apesar de estabelecer em seu art. 1º que o Estatuto Jurídico das Estatais se aplica tanto às empresas que explorem atividade econômica de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja

⁴¹ Nesse sentido: STF Recurso Extraordinário n. 627.051 Tribunal Pleno. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.1.2014. Dje-028, divulga. 10.2.2015, public. 19.2.2015, no qual discute-se a extensão do benefício da imunidade tributária recíproca à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, sociedade de economia mista cuja participação acionária é negociada em bolsa de valores. O Tribunal reconheceu existência de repercussão geral relativa à controvérsia firmando a seguinte tese: “Tem repercussão geral a questão consistente em saber se a imunidade tributária recíproca se aplica a entidade cuja composição acionária, objeto de negociação em Bolsa de Valores, revela inequívoco objetivo de distribuição de lucros a investidores públicos e privados. (Tema 508).

⁴² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et. al. **Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei 13.303/16**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.30

⁴³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et. al. **Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei 13.303/16**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.40

sujeita ao regime de monopólio da União, na realidade a incidência da Lei às empresas estatais que prestam serviço público, o citado dispositivo jurídico aplicar-se-ia, apenas, no que concerne aos temas de competência legislativa da União, notadamente normas de direito comercial e normas gerais sobre licitações e contratos.

No entanto, concluem Carolina Chagas e Maria Tereza Fonseca Dias⁴⁴ que em relação à organização e estruturação das empresas estatais, no que não disser respeito ao direito comercial, a Lei 13.303/16 deve ser interpretada como aplicável apenas à União, justamente porque não haveria fundamento constitucional para aplicá-la aos demais entes federativos, haja vista não ser o art.173, § 1º da CRFB/88 aplicável às empresas estatais prestadoras de serviço público.

Vladimir da Rocha França⁴⁵ sustenta que há quem defenda que a interpretação a ser dada ao art. 173 deve ser ampla, para entender-se atividade econômica em sentido mais abrangente pois, a CF, partindo de um modelo capitalista, estabelecendo no referido artigo que o Estado só pode trabalhar a exploração de forma direta, a atividade econômica – no sentido estrito, em quadros previstos pela mesma, quando for preciso o imperativo da segurança nacional ou ao determinante interesse coletivo, de acordo com a determinação legal. Assim sendo, o referido especialista considera a previsão do princípio da subsidiariedade, em que o Estado precisa ausentar-se da atividade econômica. É imprescindível que, nessas situações, o ente político não presta serviço público, mas, de atividade econômica como meio de intervenção no domínio econômico.

No que diz respeito ao serviço econômico, os mesmos consideram a prestação pela administração pública, direta ou indiretamente considerando o regime de concessão ou permissão, voltando-se ao suprimento da necessidade coletiva da ordem econômica como lembra Di Pietro⁴⁶.

O serviço econômico é cumprido e prestado por exigência do artigo 175 da CF, caracterizando-se como serviço público, e não em razão do artigo 173 da CF - que o delimita como atividade econômica em sentido amplo. Jessé Torres Pereira Júnior, Juliano Heiner,

⁴⁴ CHAGAS, Carolina F. Dolabela; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da lei nº 13.303/2016** (“estatuto jurídico das estatais”). 2018. Disponível em: < www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/4139 >. Acesso em: 11 de maio 2018.

⁴⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha. O regime constitucional de serviço postal e os "monopólios" da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 177, p.47-56, janeiro/março – 2008.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 379.

Marinês Restellato Dotti e Rafael Maffini⁴⁷ analisam que, se a CF faz menção ao Estado, não importando a atividade estatal a ser realizada, se serviço público ou atividade econômica em sentido estrito, reporta-se, em definitivo, à Administração Pública de modo global, ou seja, direta e indireta.

Ou seja, os serviços públicos podem ser prestados por órgãos da Administração Pública Direta, por entidades da Administração Pública Indireta e por particulares como detalham Carolina Chagas e Maria Tereza Fonseca Dias⁴⁸. As autoras sustentam que as autarquias com sua personalidade de direito público, é, no cenário da Administração Pública Indireta, o pilar mais ajustado para a prestação de serviços públicos pelo Estado de modo direto, de modo descentralizado. Segundo as autoras em razão da sua condição jurídica, pois que, a ela é responsabilizada a atribuição do desenvolvimento de autoridade pública, como o exercício de poder de polícia e a capacidade tributária ativa.

Entretanto, faz-se mister refletir que a falta de recursos nos cofres do Estado, é fundamento para a delegação de serviços públicos a particulares, principalmente os que, em razão das características próprias, desencadeiam a possibilidade de lucros.

Em relação ao que faz menção à exploração de atividades econômicas pelo Estado, reflete o texto constitucional, em relação ao que implica no fato de que o Estado, apenas pode explorar atividade econômica por meio de sua Administração Pública Indireta, em específico, por suas empresas estatais, isto é, empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades que contam com personalidade jurídica de direito privado.

Nos dizeres de Patrícia Pires Cardoso⁴⁹, as empresas estatais podem prestar serviços públicos, o § 1º do artigo 173 que o mesmo não é excludente no que diz respeito às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos como se lê em suas palavras:

Sendo assim, focalizando-se nas entidades da Administração Pública Indireta, conclui-se que as autarquias prestam serviços públicos; as empresas estatais exploram atividade econômica ou prestam de serviços públicos. Isso causa certa perplexidade. Se da lógica que norteia a estruturação da Administração Pública (regime jurídico) é intuitivo que a modelo autarquia se presta ao desempenho de serviço público e a modelo empresa estatal se presta à exploração de atividade econômica, qual o porquê

⁴⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et. al. **Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei 13.303/16**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.30

⁴⁸ CHAGAS, Carolina F. Dolabela; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da lei nº 13.303/2016** (“estatuto jurídico das estatais”). 2018. Disponível em: < www.indexlaw.org/index.php/revistadsus/article/view/4139 >. Acesso em: 11 de maio 2018.

⁴⁹ CARDOSO, Patrícia Pires. **Descentralização das atividades estatais e a superação do conceito subjetivo de administração pública**. 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2622&revista_caderno=4>. Acesso em: 11 de nov. 2018. p.3

de se criar empresa estatal prestadora de serviço público? Parece não haver resposta técnico-jurídica para essa questão. Afigura-se, na verdade, uma opção do legislador.

Cite-se o posicionamento do STF, em que prevalece a distinção da natureza da empresa fundamentada na atividade econômica, considerando seu sentido amplo. Observa-se a predominância do entendimento de que as empresas estatais prestadoras de serviço público acabam por se equivar à Fazenda Pública⁵⁰.

No caso dos embargos declaratórios no recurso extraordinário, cuja ação foi proposta pela Empresa Brasileira de Telégrafos que interpôs recurso extraordinário contra acórdão que entendendo penhoráveis os bens de empresa pública afastaram o pagamento do débito por meio de precatório, sendo julgada em 2003, ficou consignado no voto do relator, Ministro Maurício Correa que:

Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a Sociedades de Economia Mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Vícios no julgamento. Embargos de declaração rejeitados.

Mesmo que as empresas estatais possuam personalidade jurídica de direito privado, compreende-se que às empresas estatais prestadoras de serviço público são aplicáveis regime jurídico bastante similar ao das autarquias. Mário Gomes Schapiro e Sarah Morganna Matos Marinho⁵¹ explicam que, de acordo com o tratamento dado a empresa estatal exploradora de atividades econômicas ou prestadoras de serviços públicos, tem-se a possibilidade de se referenciar dois tipos específicos delas:

- (i) exploradoras de atividades econômicas, de forma complementar à iniciativa privada, dada a importância delas para a segurança nacional, ou a relevante interesse coletivo (art. 173, CF);
- (ii) prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de execução de obras públicas (atividades pertinentes à esfera do estado).

⁵⁰ RE-ED 230051/SP 292.979-ED, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 11-06-03, DJ de 08-08-03).

⁵¹ SCHAPIR, Mário Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Conflito de Interesses nas Empresas Estatais: Uma análise dos casos Eletrobrás e Sabesp. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 3, 2018, p.1424-1461.

Porém, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes⁵² explica que a exigência é adequada, mas não o suficiente, citando como exemplo o fato de o STF ter considerado a prerrogativa do critério da atividade para decidir o caso supracitado. Vale mencionar ainda, o Decreto-lei 200/69, quando não trata dos aspectos objetivo (atividade) e formal (regime jurídico) foi duramente criticado por Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³ ao considerar que se trata de uma estrutura concebida, esta mostra-se frágil na resolução das formas pelas quais se tem as atividades administrativas públicas.

Sendo assim, ao se falar em “Administração indireta”, que sob a ótica da doutrina precisaria equilibrar-se com a “Administração descentralizada”, acaba por dela se distanciar, em parte. Deste modo, exclui-se da categorização como Administração indireta as situações em que a atividade administrativa ocorre por particulares, como “concessionários de serviços públicos”, ou mesmo por “delegados de função ou ofício público” (caso dos titulares de cartório).

Contudo, relevante aqui reforçar que não será objeto desse trabalho o aprofundamento da discussão relacionada ao regime jurídico e sua relação com a natureza de prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica.

Apesar disso, necessário pontuar-se que neste trabalho entende-se que a dicotomia entre as duas espécies de empresas estatais (exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviço público) não deveria ser considerada como fator preponderante para a incidência da Lei, mas sim, dever-se-ia realizar uma interpretação dos dispositivos constitucionais em conformidade com a realidade praticada por essas empresas. O fato da empresa estatal se previamente intitulada como prestadora de serviço público, não significa que as atividades por ela desempenhadas na prática não estejam sendo exercidas em regime concorrencial.

Exemplo pertinente refere-se à geração de energia elétrica, cuja titularidade dos serviços pertence à União. Segundo Cristina Maria Melhado Araújo Lima⁵⁴, a previsão do art. 21, inciso XII, letra “b”, da Constituição Federal não deixa dúvida quanto à titularidade estatal do serviço e instalações de energia elétrica.

Relevante ressaltar que, segundo a autora, a previsão não torna serviço público todos os serviços e explorações que são de sua natureza, sendo possível, portanto, que o regime jurídico

⁵² MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Princípio da eficiência**. In: MARRARA, Thiago (Org.). Princípios de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2012. p.39-40

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 961 p.

⁵⁴ LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. **Regime jurídico dos portos marítimos**. 2009. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/84504060/cristina-maria-melhado-araujo-lima/atualizacoes>>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

das atividades integrantes do serviço de energia elétrica possam ser prestadas em regime que não exclusivamente de direito público, a depender da legislação infraconstitucional que o regulamenta e do contrato celebrado.

Esse raciocínio reforça a ideia trazida por Alexandre Wagner Nester⁵⁵ de que é crescente a possibilidade de introdução da lógica concorrencial em vários campos até então dominados pela lógica tradicional do serviço público, observados sempre os valores fundamentais que produziram o Estado de Bem-Estar Social como visto nas ideias de Alexandre Wagner Nester⁵⁶.

Das sociedades de economia mista, a crise de gestão das companhias ocasionada pela dificuldade da distinção prática de exercício de atividade econômica e prestação de serviço público, possui contornos mais complexos, haja vista que, nessas empresas, a presença da necessária produção de resultados financeiros positivos dada a presença do acionista privado, é fator que clama por uma atitude dos administradores sempre voltada para atuação concorrencial na qual inovações, melhor atendimento ao consumidor, transparência na atuação e maior eficiência, são fundamentais a sua manutenção enquanto empresa.

O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, ao interpretar o conceito de atividade econômica a que se refere o art. 173 de forma ampla, ratifica esse raciocínio e sinaliza que tal definição apriorística, é menos importante para a conduta da entidade enquanto sociedade empresária, onde todas as empresas devem, igualmente, adotar comportamento concorrencial, especialmente as sociedades de economia mista, dada sua propriedade mista, dividida entre o poder público e a iniciativa privada.

Por isso, no presente trabalho, a atividade desempenhada pela empresa e sua consequente divisão entre exploradora de atividade econômica e prestadora de serviço público não será considerada como critério a identificar o regime jurídico das companhias. Considerar-se-á a incidência da Lei a todas as empresas estatais, independente da atividade por ela desempenhada.

⁵⁵ NESTER, Alexandre Wagner. The Importance of Interprofessional Practice and Education in the Era of Accountable Care. 2016. N C Med. J. 2016 Mar-Apr;77(2):128-32. Disponível em: <>. <
<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/84504060/cristina-maria-melhado-araujo-lima/atualizacoes>>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

⁵⁶ NESTER, Alexandre Wagner. The Importance of Interprofessional Practice and Education in the Era of Accountable Care. 2016. N C Med. J. 2016 Mar-Apr;77(2):128-32. Disponível em: <>. <
<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/84504060/cristina-maria-melhado-araujo-lima/atualizacoes>>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

2.2 Contexto histórico e desenvolvimento das empresas estatais no Brasil

Empresas constituídas pelo Estado, visando objetivos econômicos, têm antecedentes históricos que remontam às companhias holandesas e portuguesas nos Séculos XV e XVI. Como relatou Caio Tácito, elas corporificavam investimentos da Coroa destinados a alcançar novas fontes de suprimento para os mercados europeus, mediante intercâmbio e importação de mercadorias.⁵⁷

No Brasil, desde o Séc. XVII, empresas estatais proliferaram-se em todo o território nacional; cresceram em tamanho e quantidade, além de encontram-se inseridas nos mais diversos seguimentos econômicos, que vão, desde setores estratégicos, como petróleo, até os setores eminentemente liderados pela iniciativa privada, como o bancário.

Em nome de interesses coletivos relevantes, o Estado passa a intervir na atividade econômica, antes exercida pela iniciativa privada. Nos dizeres de Marcos Bemquerer “[...] o Estado se converte em um produtor de bens e um prestador de serviços, socializando, no todo ou em parte, categorias de produção e de comércio.”⁵⁸

Segundo menciona Marcos Juruena Villela Souto⁵⁹, a primeira empresa estatal no Brasil criada sob a forma de sociedade de economia mista, portanto, com a participação de capital privado, foi o Banco do Brasil, em 1808, fundado pelo alvará do Príncipe Regente, em 12 de outubro de 1808, que fixou as bases da constituição da sociedade anônima e lhe outorgou estatutos.

Baseando-se no ensinamento do Alberto Venâncio Filho citado por Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira⁶⁰, para o desenvolvimento dos novos serviços públicos, ainda no século XIX, tais como ferrovias, portos, energia, o Estado precisou da colaboração de investidores privados, surgindo o regime de concessão, considerado o primeiro capítulo econômico do Direito Administrativo.

Já no início do século XX, em decorrência do regime de concessões não ter prosperado, Edmir Netto de Araújo⁶¹ detalha que foram direcionados esforços para que fossem obtidos

⁵⁷ TÁCITO, Caio. Regime jurídico das empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 195, p. 1-8, jan. 1994. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45976/47417>>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁵⁸ BEMQUERER, Marcos. *O regime jurídico das empresas estatais após a Emenda Constitucional nº 19/1998*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁵⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

⁶⁰ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁶¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997, p. 68.

investimentos privados, associados aos investimentos públicos, por meio das sociedades de economia mista, mas, o verdadeiro momento de crescimento das empresas estatais aconteceu a partir da década de 1930, sendo seu marco inicial a criação do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), por meio do Decreto Lei nº 1186, de 3 de abril de 1939⁶².

Conforme aponta Vitor Rhein Schirato,⁶³ muito embora o surgimento das empresas estatais seja anterior a criação do Estado brasileiro, sua relevância e desenvolvimento ocorreu a partir das décadas de 1930 a 1940, quando o ativismo do Estado no campo econômico adquire dimensão mais ampla e estruturada, em atendimento aos anseios do Estado de bem-estar no cumprimento das funções consideradas públicas.

Nesse contexto, a Constituição de 1937, além de preservar o espírito nacionalista e intervencionista trazido pelas constituições anteriores, destacou, de forma expressa, a atuação do Estado na atividade econômica.⁶⁴

Sandro Grangeiro Leite⁶⁵ assinala que as empresas estatais criadas nesse período procuraram ocupar espaços que os particulares não tinham interesse ou capital suficiente para a realização do negócio e, essa expansão do Estado e sua intervenção na economia fizeram parte de um contexto maior, representado pelo Estado de Bem-Estar Social.

A partir daí, Marcos Juruena Villela Souto⁶⁶ relata que houve considerável multiplicação de empresas estatais no Brasil, que se confirma, no início da década de 1940, com a criação da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) em 1941, da Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) em 1943 e da Companhia Hidrelétrica do São Francisco em 1945⁶⁷.

⁶² BRASIL, B3. Decreto-Lei nº 1183 de 3 de abril de 1939. **Cria o Instituto de Resseguros do Brasil**. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1186.htm>. Acesso em 20 de maio 2018.

⁶³ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p.25

⁶⁴ O artigo 135 da Carta de 1937 tinha a seguinte redação: “A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação.”

⁶⁵ LEITE, Sandro Grangeiro. A evolução das empresas públicas e sociedades de economia mista no contexto jurídico brasileiro. **Revista do Tribunal de Contas da União**, cidade, v., p. 99-110, maio: agosto 2007. p.100

⁶⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos jurídicos do planejamento econômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

⁶⁷ As causas do movimento de estatização que se iniciou no Brasil na década de 40 devem-se em síntese: (i) ao desenvolvimento baseado na instalação de um setor industrial diversificado no país; (ii) a preocupação com a segurança nacional, que envolvia a garantia de suprimento de produtos importantes durante a Segunda Guerra Mundial, o desejo de manter sob controle governamental as indústrias consideradas estratégicas, e o nacionalismo econômico refletido na ideia de limitar a participação do capital estrangeiro em alguns setores, especialmente na exploração mineral; (iii) na falha regulatória que obrigava o governo a subsidiar fortemente as empresas estrangeiras concessionárias de serviços públicos; (iv) na verticalização e diversificação das atividades das grandes empresas estatais, mediante a criação de subsidiárias e controladas e (v) estatização de empresas falidas que eram grandes devedoras de bancos públicos, notadamente do sistema BNDES. (PINTO JÚNIOR, Mário Engler, p. 38)

Mário Engler Pinto Júnior⁶⁸ relaciona que a ideologia predominante no primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-45) era do nacionalismo econômico, utilizado como maneira de conquistar a emancipação do país, por isso a ênfase no investimento estatal na indústria de base.

No governo Dutra (1945-50), Engler Pinto Júnior⁶⁹ descreve a ocorrência de uma mudança na orientação político-econômica. A ideia de nacionalismo econômico, pautado na crença de um país capitalista autônomo, é substituída pelas relações de interdependência em nível mundial, buscando-se paralelamente a redução da intervenção estatal na economia.

Ainda de acordo com Engler Pinto Júnior⁷⁰, com o retorno de Vargas (1951-54) é retomado o ideal de defesa dos interesses nacionais contra a exploração capitalista estrangeira, voltados à industrialização do país como condição para a obtenção do desenvolvimento econômico, com investimentos em indústrias de base e infraestrutura. Nesse período a empresa estatal teve papel estratégico e dinâmico. Em 1954, o então Presidente reforçou a necessidade de o Estado intensificar seu papel na economia e, com isso, novos instrumentos de política econômica, com a criação de empresas estatais nos setores financeiro, petrolífero e de energia elétrica.

O movimento de ampliação da criação de empresas estatais perdurou até a década de 1970, como relata Vitor Rhein Schirato⁷¹, momento em que a intervenção direta do Estado na economia atinge seu ápice, não apenas no âmbito da União, mas também nos Estados e Municípios, predominantemente na prestação de serviços públicos, mas, também incluíam a exploração de atividade econômica.

A criação de empresas estatais no Brasil, sejam empresas públicas ou sociedades de economia mista, sempre esteve ligada a conjunção de fatores variados, principalmente político-econômicos, reforçado pela ausência de política específica de estatização.

Assim, Sandro Grangeiro Leite⁷² esclarece que as empresas estatais foram sendo criadas para:

⁶⁸ PINTO JUNIOR, Mário Engler. **Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários**.FVG. São Paulo: Atlas, 2013. p.20.

⁶⁹ PINTO JUNIOR, Mário Engler. **Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários**.FVG. São Paulo: Atlas, 2013. p.21.

⁷⁰ PINTO JUNIOR, Mário Engler. **Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários**.FVG. São Paulo: Atlas, 2013. p.21-22.

⁷¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p.23

⁷² LEITE, Sandro Grangeiro. A evolução das empresas públicas e sociedades de economia mista no contexto jurídico brasileiro. **Revista do Tribunal de Contas da União**, cidade, v., p. 99-110, maio: agosto 2007. p.100

- (i) viabilizar desenvolvimento regional do país, buscando melhor equilibrar o desenvolvimento econômico;
- (ii) para que o Estado exercesse atividades estratégicas da economia em regime de monopólio;
- (iii) para descentralização de serviços públicos ou,
- (iv) para viabilizar o atendimento de necessidades sociais, o que demonstra a diversidade da sua atuação e a ausência de diretriz de atuação previamente delineada por política específica.

Contudo, já em 1975 começa o declínio do modelo, sendo as empresas estatais, a partir de 1976, apontadas como responsáveis pelos principais desequilíbrios macroeconômicos do país. Mário Engler Pinto Júnior⁷³ destaca que, com o agravamento da crise financeira do país, as empresas estatais deixaram de ser instrumento de desenvolvimento de objetivos microeconômicos de interesse público para se tornarem instrumento macroeconômicos de ajuste recessivo na economia.

Segundo Jobim Castor⁷⁴, “[...] em certo momento o governo federal era incapaz de saber, exatamente, quantas empresas lhe pertenciam”. Tal realidade decorre, em certa medida, da ausência de controles específicos sob a gestão e a organização dessas empresas, o que contribuiu para a dificuldade de delimitação clara da sua atuação para com a Administração Pública. Em 1979, por meio do Decreto Federal nº 84.128⁷⁵, visando melhor estruturar e controlar as empresas estatais do governo federal, foi criada a Secretaria de Controle das Empresas – SEST⁷⁶, como órgão central de controle de recursos e dispêndios de empresas

⁷³ PINTO JUNIOR, Mário Engler. **Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários**. FVG. São Paulo: Atlas, 2013. p.37.

⁷⁴ CASTOR, Jobim. **O Brasil não é para amadores: Estado, governo e burocracia na terra do jeitinho**. Curitiba: IBQP-PR, 2000. p. 60.

⁷⁵ BRASIL. Decreto nº 84.128. Presidência da República. Brasília. 1979. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D84128.htm>. Acesso em: 11 de maio 2018.

⁷⁶ Conforme informações do Ministério da Economia “A Secretaria hoje encontra-se vinculada ao Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão do Governo Federal e, por meio do com o Decreto Federal nº 8818 de 21 de julho de 2016, é responsável pela elaboração do Programa de Dispêndios Globais – PDG – e da proposta do Orçamento de Investimentos – OI – das empresas em que a União detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social. Realiza, também, a gestão dos Conselheiros de Administração representantes da União, o acompanhamento e disponibilização das informações econômico-financeiras das empresas estatais, bem como se manifesta sobre os pleitos das empresas estatais, no que se refere à política salarial, aprovação e eventuais modificações nos planos de previdência dessas empresas e seu quantitativo de empregados. O aperfeiçoamento da gestão administrativa, através do aumento da eficácia e transparência na atuação das empresas estatais federais, e a Lei de Responsabilidade das Estatais 13.303/2016 também tem orientação e motivação da Secretaria, em busca permanente do fortalecimento das empresas do Governo. Sua missão é o aperfeiçoar da atuação do Estado enquanto acionista das empresas estatais federais, com vistas a potencializar os investimentos da União em benefício da sociedade.” <http://www.planejamento.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/unidades/sest> acesso em 28 de dezembro de 2018.

estatais, no âmbito do Sistema de Planejamento Federal. De acordo com Pinto Júnior⁷⁷, o objetivo do sistema foi “[...] fixar os limites máximos de gastos globais, que orientavam a programação financeira anual das empresas estatais”.

No Governo Bolsonaro, iniciado em 1 de Janeiro de 2019, houve a reformulação do chamado Ministério de Estado, Planejamento, Desenvolvimento e Gestão que abarca a SEST no âmbito do Programa de Dispêndios Globais – PDG, peça orçamentária das empresas estatais federais não dependentes que compreende as fontes de recursos e os dispêndios previstos para o ano de referência, mantendo o alinhamento com os registros contábeis das respectivas empresas⁷⁸.

Baseando-se na publicação do Ministério da Economia⁷⁹, embora tenha havido um período de estabilidade na atuação da SEST, na transição para a democratização do Estado, logo após o Regime Militar, o governo Sarney enfrentou diversos fracassos na tentativa de estabilização da economia, surgindo, ainda de forma incipiente, as primeiras iniciativas para a privatização de empresas estatais. Ainda de acordo com o referido material institucional, com o início do Governo Collor, em 1990, as privatizações integraram a agenda de governo, formalizadas pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização (PND).

Assim, motivado pela crise econômica dos anos 90, foi estruturado PND, que objetivava resolver problemas econômicos causados, principalmente, pelo desequilíbrio das contas públicas, agregado ao fraco desempenho das empresas estatais, “ocasionados em certa medida pelo preenchimento de seus cargos técnicos e de gestão para atendimento de questões político-partidárias” e ainda a imprecisão e ineficiência na consecução de seus objetivos e limites de atuação.⁸⁰

77 PINTO JUNIOR, Mário Engler. **Empresa Estatal**: função econômica e dilemas societários. FVG. São Paulo: Atlas, 2013. p.39.

78 BRASIL. PDG 2019 - Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. 2019. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/sistemas/documentacao-e-normas/pdg-2019-versao-revisada-15-28062018.pdf>. Acesso em: 4 de fev. 2019.

A fim de acompanhar as informações econômico-financeiras e intensificar os investimentos da União em benefício da sociedade, a Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais –SEST utiliza-se do PDG para a obtenção de uma visão sistêmica do orçamento das estatais federais não dependentes.

79 BRASIL. Ministério da Economia, Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Disponível:

<<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico>>. Acesso em 28 de dez. 2018.

80 A partir da segunda metade dos anos 80, enormes dificuldades surgiram para uma gestão eficiente e eficaz das empresas estatais. As razões do relativo insucesso no desempenho econômico e financeiro de muitas empresas estatais se encontram em variados aspectos: a partilha político partidária no recrutamento dos seus quadros técnicos e gerenciais; a indefinição de seus objetivos e de sua própria missão institucional; a estrutura organizacional precariamente estabelecida; a de profissionalização da alta direção, etc. <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sobre-as-empresas-estatais-imp-,633829>

No final da década de 90, a SEST é transformada em Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais (DEST), por força do Decreto nº 2.923 de 1999. Segundo Pedro Paulo Dutra⁸¹, o plano de Collor, antes ambicioso, limitou-se, pois, das 68 estatais incluídas, 18 foram de fato privatizadas. No governo de Itamar Franco (1992-1994), o ilustre professor explica que ao substituir Collor após o processo de impeachment, o programa foi desacelerado, mesmo que ao fim de 1994 a Embraer, símbolo da indústria aeronáutica brasileira, foi privatizada.

Porém, Marcelo de Arruda⁸² lembra que ao longo dos dois governos do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) que as privatizações se destacaram alcançando os setores das telecomunicações, energia e siderurgia. O referido especialista destaca que na gestão de Fernando Henrique, os governadores privatizaram bancos estaduais, houve a concessão da quase toda malha à iniciativa privada. O programa de privatizações das gestões de Fernando Henrique Cardoso resultou aos cofres públicos aproximadamente US\$ 78,6 bilhões.

De acordo com Pedro Paulo Dutra⁸³, os dois mandatos do presidente Luiz Inácio Lula da Silva deram continuidade ao programa de privatizações, destacando à concessão de estradas federais à iniciativa privada, por meio da licitação para novas hidrelétricas e a venda de mais bancos estaduais.

Joaquim Rubens Fontes Filho e Ricardo Pereira Câmara Leal⁸⁴ mencionam que no âmbito do programa de privatizações, houve a criação das denominadas agências reguladoras (1996 e 2001), funcionando como órgãos de supervisão e fiscalização dos serviços prestados pelas empresas concessionárias elas praticamente supervisionam todos os principais setores da economia - ANTT (transporte terrestre), ANAC (aviação), ANATEL (telecomunicações), ANP (petróleo, gás e biocombustíveis), ANEEL (energia elétrica), ANS (saúde) e ANVISA (medicamentos).

Durante o governo Dilma Rousseff, Marcelo de Arruda⁸⁵ descreve as privatizações tiveram continuidade por meio dos Programas de Parcerias Privadas (PPPs), dando ênfase às

81 DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. **O regime das privatizações. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição** Nº 02 de 1997 - Ano XV. Minas Gerais.

82 ARRUDA, Marcelo. **Correios: um modelo de privatização completa via leilão.** 2018. Revistas Mises Brasil. <https://mises.org.br/Article.aspx?id=2931&ac=222049>

83 DUTRA, Pedro Paulo de Almeida / NR-PNC, 2014. 38 p. Fundação João Pinheiro escola De Governo Professor Paulo Neves De Carvalho núcleo De Referência Da Memória Do Professor Paulo Neves De Carvalho.

84 FONTES FILHO, Joaquim Rubens; CÂMARA LEAL, Ricardo Pereira.

Governança Corporativa: Internacionalização e Convergência. IBGC. Saint Paul Editora, 2019.

85 ARRUDA, Marcelo. **Correios: um modelo de privatização completa via leilão.** 2018. Revistas Mises Brasil. <https://mises.org.br/Article.aspx?id=2931&ac=222049>.

tarifas sociais nos editais de licitação. Importante ressaltar que em 2008, o Ministério da Economia⁸⁶, diante da crise internacional e a retração “da economia mundial, que teve início com a crise imobiliária nos EUA no final de 2008, as empresas estatais voltaram a ganhar destaque no cenário nacional como responsáveis por investimentos capazes de impulsionar o desenvolvimento do País.”

Em 2015, ganharam notoriedade diversos casos de corrupção que envolveu empresa estatal do governo federal, deixou em evidência a fragilidade dessas entidades, seja em seu aspecto empresarial, seja em seu aspecto estatal e culminou com a regulamentação do art. 173, § 1º da CRFB/1988.

Segundo Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins, conjectura-se que tendo em vista a apuração de corrupção na Petrobrás, descortinada pela operação intitulada “Lava Jato”, foi acelerada a atuação do Congresso Nacional, pois, a nova lei apenas foi publicada após as denúncias de desvios de recursos ocorridos na referida estatal. (2018, p.13) Assim, a Lei nº 13.303/2016 publicada em 3 de junho de 2016, foi responsável pela instituição de um Estatuto Jurídico da empresa pública, Sociedades de Economia Mista e suas subsidiárias com previsão de diretrizes de governança corporativa, mecanismos de controle, proteção, reforço à transparência e novas regras de licitações e contratos.

Já como reflexo da Lei, o governo federal, em 21 de julho de 2016, por meio do Decreto nº 8.818⁸⁷, criou a Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, com atuação sobre as empresas em que a União, direta⁸⁸ ou indiretamente⁸⁹, detém a maioria do capital social com direito a voto, ou seja, as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas, denominadas empresas. estatais.

Segundo o Ministério de Planejamento⁹⁰, Desenvolvimento e Gestão, a Secretaria é responsável pela elaboração do Programa de Dispêndios Globais – PDG – e da proposta do

87 BRASIL Decreto Nº 8.818, de 21 de julho de 2016. Disponível em: < www2.camara.leg.br/.../decreto-8818-21-julho-2016-783394-normaatualizada-pe.pdf>. Acesso em: 11 de abr. 2018.

88 Empresa com Controle Direto da União - Empresa estatal cuja maioria do capital social com direito a voto pertença diretamente à União. Podem ser classificadas em: Empresa Pública - empresa estatal cuja maioria do capital votante pertença diretamente à União e cujo capital social seja constituído de recursos provenientes exclusivamente do setor público, ou como Sociedade de Economia Mista - empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença diretamente à União e cujo capital social admite a participação do setor privado. Fonte: Decreto 8.945, de 2016. (Artigo 2º, inciso II e III). BRASIL. Ministério de Planejamento. Dados disponíveis em: < <http://www.planejamento.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/unidades/sest> >. Acesso em: 11 de abr. 2018.

89 Empresa com Controle Indireto da União - Empresa estatal cuja maioria do capital social com direito a voto pertença direta ou indiretamente a empresa pública ou sociedade de economia mista controlada pela União. Fonte: Decreto nº 8.945, de 2016 (art. 2º, IV).

90 BRASIL. Ministério de Planejamento. Disponível em: < <http://www.planejamento.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/unidades/sest> >. Acesso em: 11 de abr. 2018.

Orçamento de Investimentos – OI – das empresas estatais federais. Realiza, também, a gestão dos Conselheiros de Administração representantes da União, o acompanhamento e disponibilização das informações econômico-financeiras das empresas estatais.

A referida Secretaria é, ainda, responsável pelo aperfeiçoamento da gestão administrativa, por meio do aumento da eficácia e transparência na atuação das empresas estatais federais e atendimento da Lei nº 13.303/2016, com o objetivo de fortalecer as empresas estatais federais e aperfeiçoar a atuação do Estado, enquanto seu acionista, com vistas a potencializar os investimentos da União em benefício da sociedade.

2.3 Evolução legislativa das empresas estatais – do Decreto Lei 200/67 até a CRFB/88

Segundo Hely Lopes Meirelles⁹¹, a primeira conceituação legal das empresas estatais, no âmbito do ordenamento jurídico nacional adveio no Decreto-Lei 200 de 1967⁹², que trata da estrutura organizacional da administração pública brasileira, com a finalidade de estimular, mediante modelo empresarial, atividades que fossem consideradas como função estatal e que, diante da necessidade de maior eficiência em seu desempenho, fossem, portanto, descentralizadas.

Por meio do referido Decreto-Lei 200/67, foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro a administração direta, integrada pelos órgãos subordinados e despersonalizados do e administração indireta, composta por autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, todas com personalidade jurídica distinta do Estado e com autonomia financeira e patrimonial.

Mais precisamente em seu art. 5º, inciso III⁹³, com redação dada pelo Decreto nº 900/1969, apresentou-se o conceito da pessoa jurídica denominada Sociedade de Economia Mista.

Assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁴ afirma que, por definição legal, as sociedades de economia mista são sociedades anônimas, entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que, segundo o Decreto-Lei nº 200/1967 são criadas por lei para exploração de

⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro** – Ed. Malheiros, 2000 – p. 82.

⁹² BRASIL. Decreto Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0200.htm>> Acesso em: 11 de nov. 2018.

⁹³ Art. 5º Para fins desta lei, considera-se:

II-Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para 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.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 407-408.

atividade econômica, cujas ações com direito a voto devem pertencer em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta e que, evidentemente, por simetria, o conceito aplica-se às sociedades de economia mista criadas pelos demais entes da federação.

Considerando o que expõe Pedro Paulo de Almeida Dutra⁹⁵ o citado Decreto traz a exigência de autorização legislativa para criar sociedades de economia mista e empresas públicas, contribuindo para frear sua criação desordenada.

Posteriormente, a Lei n.º 6.404 de 1976⁹⁶ (Lei das Sociedades Anônimas) reservou um capítulo especial destinado às sociedades de economia mista, em seus artigos 235 a 240, expondo que se tem, obrigatoriamente, a forma empresarial de sociedade anônima. A Lei não trouxe definição de sociedade de economia mista, já tratada pelo Decreto Lei 200/1967.

Reforça-se, assim, como feito com o Decreto-Lei, que as citadas empresas devem ser criadas por lei⁹⁷ e apresenta contornos sobre a sua organização interna enquanto empresa. Contudo, de forma aderente a sua natureza de entidade da Administração Pública Indireta, apresenta em seu art. 238⁹⁸, como seu objetivo finalístico a consecução do interesse público, única especificidade trazida pela Lei que a difere das demais sociedades anônimas.

É bem verdade que o interesse público foi colocado pelo referido artigo como possibilidade, o que conferiu à Sociedade de Economia Mista, caráter prioritariamente empresarial. Nesse sentido, o artigo deixa expressa a autorização para que o ente público controlador imponha à sociedade o ônus de implementar políticas públicas, desde que aderentes ao seu objeto social, mas a redação não confere ao controlador uma imposição, apenas uma prerrogativa, sendo certo que interesses públicos gerais ou extras setoriais para além dos fins sociais especificamente imputados estariam no entanto, vedados.

O capítulo da n.º Lei 6404/76 destinado às sociedades de economia mista é tímido e superficial, voltado apenas a características gerais dessas companhias. A Lei trata de sua forma de constituição e aquisição de controle, objeto, administração e conselho fiscal, simplesmente adaptando às peculiaridades dessa sociedade aos princípios básicos da lei. Apenas o art. 238 traz caráter de especialidade às sociedades de economia mista, ao mencionar como norte para atuação do acionista controlador, o atendimento ao interesse público.

⁹⁵ DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. **Controle de empresas estatais**: uma proposta de mudança. São Paulo: Saraiva, 1991. p.16

⁹⁶ BRASIL. Lei n. 6404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L6404consol.htm>> Acesso em: 13 de nov. 2018.

⁹⁷ Art. 236. A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa.

⁹⁸ 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. (grifos nossos)

Posteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratou de forma detalhada das empresas públicas e sociedades de economia mista, especialmente em seu título VII, capítulo I, dedicado a Ordem Econômica e Financeira e aos princípios gerais da atividade econômica, em que a finalidade pública na atuação das empresas estatais passou de faculdade para dever do Estado, sob pena de, em não sendo observado, incorrer-se em inconstitucionalidade.

Nesse contexto, necessário fazer um recorte acerca dos aspectos constitucionais que norteiam a intervenção do Estado no domínio econômico, bem como a atuação dos particulares na atividade econômica.

Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil constantes do art. 3º da CRFB/88 são:

- (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- (ii) garantir o desenvolvimento nacional;
- (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação deixo evidente a competência do Poder Público para satisfação dos interesses sociais dos mais diversos, consagrando o modelo dirigente como o adotado pela nossa Constituição.⁹⁹

Ao analisar a Ordem Econômica Constitucional brasileira, retoma-se o que expressa o art. 170 da Constituição Federal de 1988, cujos fundamentos, os objetivos e alguns princípios gerais da atividade econômica no Brasil acaba por constituir um rol de normas programáticas, ou seja, normas que buscam orientar para onde e como vão ser dadas as atribuições fins do Estado, não somente o reflexo da realidade econômica.

Observa-se que o posicionamento majoritário da doutrina entende que os objetivos de ordem econômica não se exaurem no artigo 170, pois que, o objetivo não é somente garantir a todos uma existência digna de acordo com os parâmetros da justiça social. Deve ser também entendido como meio para concretizar os objetivos fundamentais da república (artigo 3º), como a redução da pobreza, das desigualdades etc.

Nesse limiar, Fabiano Del Masso¹⁰⁰ e Moreira apud Roberto Grau¹⁰¹ apontam que os objetivos de ordem econômica consideram o princípio da inclusão social e da democracia

⁹⁹ “Para a teoria da Constituição Dirigente, a constituição não é só uma garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a constituição dirigente é uma constituição estatal e social.” (BERCOVICI, 2010, p.401)

¹⁰⁰ MASSO, Fabiano Del. **Direito Econômico**. São Paulo: Método, 2013.

¹⁰¹ MOREIRA, Vital Martins. **Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica**. Coimbra, s. ed., 1974. Apud GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica Constituição, Economia na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 57-58.

econômica e social, pois a vez que a atual Constituição brasileira expressa que deve se assegurar a todas tais premissas. Os referidos autores, ao refletirem se os objetivos da ordem econômica são vinculativos, explicam que muitos doutrinadores defendem que são somente uma referência para os três poderes. Não se tem a obrigatoriedade, a vinculação, entretanto, atualmente o dado entendimento vem perdendo força, sendo que o Superior Tribunal Federal, STF vem interpretando as normas constitucionais dando a elas efetividade.

André Ramos Tavares¹⁰² analisa que as normas constitucionais contam com uma carga de eficácia, e deste modo, uma carga de vinculação. Assim sendo, os objetivos da ordem econômica vinculariam, afirmativamente, os três poderes.

De forma implícita, a Constituição consagrou o princípio da vinculação da política econômica entendendo que os três poderes não poderiam ser separados dessa prerrogativa constitucional. Assim sendo, os objetivos fundamentais da ordem econômica são impositivos ao Estado e ao poder econômico, contando com caráter transformador da realidade. Compreende-se que, caso o presidente tenha a pretensão de anular o programa bolsa família, é preciso que se tenha outro programa em substituição, sob pena de violação ao princípio da proibição do retrocesso.

Eros Roberto Grau¹⁰³ assevera que o artigo 170 representa um avanço no sentido de implantar nova ordem econômica, entendendo a atuação estatal, no âmbito de Constituição (dirigente), sendo empreendida prospectivamente, buscando ajustamento ocorrido por meio do planejamento, readequando não somente a “ordem estabelecida do presente, a defesa do presente, mas, também, a formulação de ordem futura, antecipação do porvir”.

Baseando-se em acórdão do ministro Gilmar Mendes¹⁰⁴, a vigência dos objetivos ordenadores da atuação econômica do Estado convive com o fundamento constitucional, constante no inciso IV do artigo 1º da CRFB/88 da livre iniciativa, que representa não apenas um dogma interpretativo para a solução de conflitos de direito, mas, funciona como preceito estruturante da economia do mercado nacional, o que vem corroborado no parágrafo único do artigo 170, segundo o qual fica estabelecido que a livre iniciativa é a regra e a autorização do Estado para atuar no domínio econômico a exceção.

¹⁰² TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.
¹⁰³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.253.

¹⁰⁴ STF. Ministro Gilmar Mendes. ADI 1.842. Tribunal Pleno, DJe 16.09.2013.

Contudo, considerando as ideias supracitadas¹⁰⁵ evidenciado está, nos termos do caput do artigo 170, como fundamentos da ordem econômica constitucional, além da livre iniciativa, a valorização do trabalho humano, de forma a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Segundo Alexandre Santos Aragão¹⁰⁶, pode-se afirmar que a CRFB/88 busca a ponderação entre os valores da livre iniciativa e de justiça social.

Portanto, apesar da importância da livre iniciativa como princípio estruturante da ordem econômica, o acórdão do Ministro Gilmar Mendes¹⁰⁷ alerta que não se pode afirmar que a CRFB/88 seja essencialmente liberal, já que apresenta previsões de intervenção estatal no domínio econômico que se contrapõem à perspectiva liberal tradicional, como os princípios da função social da propriedade (art. 170, III), de defesa do consumidor (art. 170, V) e de proteção ao meio ambiente (art. 170, VI). Compreende-se, desta maneira, que a ordem econômica na Constituição de 1988, exige interpretação mais dinâmica, podendo ser adequada às transformações da realidade social, prestando-se, também, a instrumentá-las.

O aspecto social da ordem econômica se evidencia quando, dentre os seus princípios condicionantes da atividade econômica, além da propriedade privada e da livre concorrência João Augusto Nardes, Claudio Sarian Altounian e Luís Afonso Gomes Vieira acrescentam os seguintes¹⁰⁸:

- (i) redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII),
- (ii) a busca do pleno emprego (art. 170, VIII) e
- (iii) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (art. 170, IX).

¹⁰⁵ Ação ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), na qual se questiona a constitucionalidade da LC carioca nº 87/97 e dos artigos 8º a 21 da lei carioca nº 2869/97. Por também impugnar a LC nº 87/97, as Adis 182667, 184368 e 190669 foram apensadas. Esta última ação contesta também o Decreto carioca 24631/98.

A LC nº 87/97 cria a RM do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos, além de dispor sobre sua gestão, definindo as funções públicas de interesse comum. Os artigos impugnados da lei ordinária dispõem sobre o serviço de saneamento básico no estado e estabelecem até mesmo a política tarifária. O Decreto 24631/98 aprovou as com ¹⁰⁵ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços Públicos e concorrência. ReDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 1, 2005, p.11. dições de desestatização da Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE).

¹⁰⁵ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços Públicos e concorrência. ReDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 1, 2005, p.11.

¹⁰⁵ STF. Ministro Gilmar Mendes. ADI 1.842. Tribunal Pleno, DJe 16.09.2013.

¹⁰⁵ NARDES, João Augusto, ALTOUNIAN, Claudio Sarian, VIEIRA, Luís Afonso Gomes, **Governança Pública – O Desafio do Brasil**, 2ª. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016

¹⁰⁶ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços Públicos e concorrência. ReDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 1, 2005, p.11.

¹⁰⁷ STF. Ministro Gilmar Mendes. ADI 1.842. Tribunal Pleno, DJe 16.09.2013.

¹⁰⁸ NARDES, João Augusto, ALTOUNIAN, Claudio Sarian, VIEIRA, Luís Afonso Gomes, **Governança Pública – O Desafio do Brasil**, 2ª. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

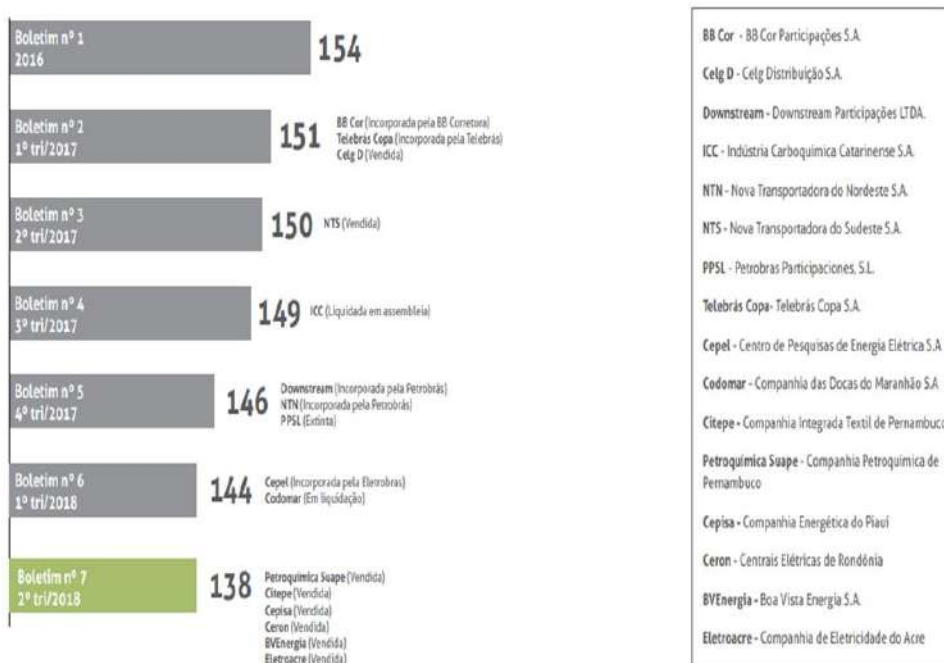
São todos os citados princípios elencados no artigo 170 que possibilitam ao Estado brasileiro, impor condicionamentos à atividade econômica, atuar na economia, direta ou indiretamente, nos termos do disposto nos artigos 172 a 192 da CRFB/88.

Especificamente quanto à atuação do Estado na ordem econômica, por meio empresas estatais, esta pode ser exercida sob dois enfoques: com a função de executor ou regulador da atividade econômica segundo os artigos 173 e 174 da CRFB/88.

2.4. Abrangência e atividades desenvolvidas por empresas estatais

Segundo o 7º (sétimo) boletim das empresas estatais federais apresentado no 2º trimestre de 2018, pela Secretaria de Coordenação e Governança das empresas estatais integrante do Ministérios de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão¹⁰⁹, a União possui 138 empresas estatais, se comparado ao ano de 2016. De acordo com a Figura 1, houve redução de cerca de 10,4% (dez virgula quatro por cento) do total de empresas em relação ao ano de 2016, seja em decorrência da realização de incorporações ou vendas.

Figura 1 - Dados quantitativos de empresas estatais



Fonte: Ministério do Planejamento, 2018.

¹⁰⁹ BRASIL. Ministério de Planejamento. Disponível em: < <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais>>. Acesso em: 28 de dez. 2018.

Segundo o Boletim¹¹⁰, o resultado dos conglomerados Empresas Estatais Federais, na comparação dos primeiros seis meses de 2017 com os primeiros seis meses de 2018, passou de um lucro de R\$ 17,3 bilhões para um lucro de R\$ 37,0 bilhões (aumento de 113,9%).

Os conglomerados (BB, BNDES, Caixa, Eletrobrás e Petrobrás) representam mais de 93% dos Ativos Totais e do Patrimônio Líquido das Estatais Federais (dados contábeis de dez/2017). Entre os grupos analisados, o maior crescimento verificado foi no Grupo Petrobras, que saiu de um lucro de R\$ 5,1 bilhões, no primeiro semestre de 2017, para um lucro de R\$ 16,8 bilhões no primeiro semestre de 2018 (aumento de 229,8%) de acordo com o mesmo Boletim das Empresas Estatais¹¹¹.

Considerando-se as empresas do Setor Produtivo, do Setor Financeiro e as Dependentes, na comparação do ano de 2016 com o ano de 2017, o resultado passou de um lucro de R\$ 4,6 bilhões para um lucro de R\$ 25,0 bilhões (aumento de 447,6%; R\$ 20,46 bilhões). As principais empresas responsáveis pela melhora no resultado de 2017 em relação a 2016 foram Petrobrás, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e Correios. A Petrobrás e os Correios reverteram prejuízos anteriores, já a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil aumentaram o lucro.

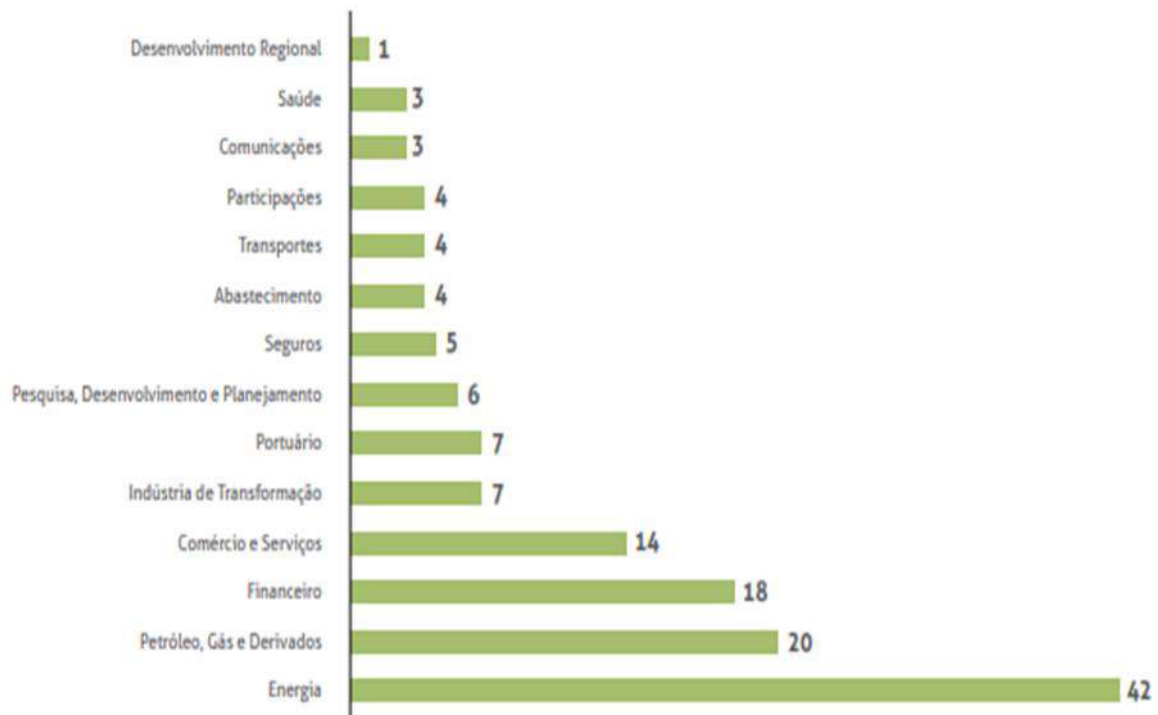
Apesar dos melhores resultados financeiros das empresas federais pertencerem a um grupo específico, há grande diversidade de seus perfis de atuação, especialmente no âmbito federal, o que demonstra sua importância para o desenvolvimento do setor produtivo e, por vezes, utilizada como mecanismo de regulação do mercado, abarcando quase todos os setores da economia, conforme se verifica no Boletim das Empresas Estatais Federais¹¹², como mostra a Figura 2:

¹¹⁰ BRASIL. Ministério de Planejamento. Boletim das Empresas Estatais Federais Dependentes do Tesouro Nacional - 2018 - Ano Base 2017 V2.pdf. Disponível em: < <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais-federais-dependentes-do-tesouro-nacional-2018-ano-base-2017-v2.pdf/view>>. Acesso em: 28 de dez. 2018.

¹¹¹ BRASIL. Ministério de Planejamento. Boletim das Empresas Estatais Federais Dependentes do Tesouro Nacional - 2018 - Ano Base 2017 V2.pdf. Disponível em: < <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais-federais-dependentes-do-tesouro-nacional-2018-ano-base-2017-v2.pdf/view>>. Acesso em: 28 de dez. 2018.

¹¹² BRASIL. Ministério de Planejamento. **Boletim das Empresas Estatais Federais Dependentes do Tesouro Nacional - 2018** - Ano Base 2017 V2.pdf. Disponível em: < <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais-federais-dependentes-do-tesouro-nacional-2018-ano-base-2017-v2.pdf/view>>. Acesso em: 28 de dez. 2018.

Figura 2 – Empresas Estatais Federais separadas por área de atuação



Fonte: Ministério do Planejamento, 2018.

Segundo Egon Bockmann Moreira, a atribuição de regulação de mercado a ser exercida pelas empresas estatais ficou mais evidente com a determinação da União para que os bancos estatais baixassem os juros praticados junto ao consumidor. Afirma o autor que:

[...] as empresas estatais são técnicas de endorregulação econômica, por meio das quais o Poder Público ingressa na economia e pretende alterar o comportamento dos demais agentes econômicos (...) isso sempre se passou, mas sem maiores destaques. Atente-se para o fato de que essa faceta ficou clara na história recente brasileira quando os bancos estatais foram forçados pelo poder do titular do controle - leia-se a União, ou melhor, a Presidência da República – a baixar os juros praticados nos respectivos empréstimos ao consumidor. A toda evidência, com isso o acionista controlador não pretendia simplesmente diminuir os próprios lucros (o que atentaria contra o dever societário de exercício do poder de controle em favor da companhia). O que se visava era uma revolução no preço cobrado dos consumidores: baixando juros, supunha-se que os demais bancos seriam forçados a tentar diminuir os seus – e, assim, todos colaborariam na atenuação do custo Brasil (o que, ao que tudo indica, não deu certo).¹¹³

No Estado de Minas Gerais, a diversidade atividades de suas empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias também é vasto, alcançando os principais setores da economia com características semelhantes às do governo federal, conforme descrito,

¹¹³ MOREIRA, Egon Bockmann; MODESTO, Paulo; GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. I **Fórum Jurídico Brasil Copa do Mundo 2014**. 2011. (Congresso). p.22

em que as maiores empresas se encontram ligadas à setores estratégicos, como energia, tratamento e distribuição de água e esgoto e gás combustível.

Vale destacar a Companhia de Desenvolvimento Econômico - CODEMIG, empresa pública do Estado de Minas Gerais cujo objeto social é a promoção do desenvolvimento econômico do Estado de Minas Gerais, mediante, dentre outras atividades¹¹⁴, a pesquisa, a lavra, o beneficiamento, a exploração, a produção e a industrialização, o escoamento e qualquer forma de aproveitamento econômico de substância mineral, petróleo e gás natural, recursos hídricos, direta ou indiretamente, no País ou no Exterior.

Trata-se de empresa que, segundo Diagnóstico Elaborado pela Comissão de Transição do Governo 2019/2022¹¹⁵, possuía em 2017 receita bruta de R\$ 604 milhões de reais e lucro líquido de R\$ 273 milhões de reais. Nota-se que as empresas do Estado de Minas Gerais do total de 16 (dezesseis), 06 (seis) apresentaram prejuízo líquido, de áreas de atuação diversificadas – financeira, tecnologia da informação, subsidiária de saneamento básico, habitação ainda com base Diagnóstico apresentado pela Comissão de Transição governo 2019/2022.¹¹⁶

A Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural de Minas Gerais - EMATER e a Empresa de Pesquisa Agropecuária de Minas Gerais – EPAMIG, desenvolvem importantes

¹¹⁴ Segundo Estatuto Social Companhia de Desenvolvimento Econômico do Estado de Minas Gerais- CODEMIG, tem por objeto social promover o desenvolvimento econômico do Estado de Minas Gerais, mediante: I – a contratação ou a execução de projeto, obra, serviço e, em caráter complementar, de empreendimento de fomento, incluindo estrada, centro de exposição, feira, evento e convenção, bem como seus serviços e equipamentos; II – a pesquisa, a lavra, o beneficiamento, a exploração, a produção e a industrialização, o escoamento e qualquer forma de aproveitamento econômico de substância mineral, petróleo e gás natural, recursos hídricos, direta ou indiretamente, no País ou no Exterior; III – a proteção e a preservação de mananciais em estâncias minerais de que detenha a concessão; IV – a construção e a administração, direta ou indiretamente, de prédios e instalações relacionados com hotelaria e turismo, bem como a promoção de programas, projetos e ações de apoio e incentivo ao turismo no Estado de Minas Gerais; V – a construção e operação de distritos industriais e áreas destinadas à implantação de empresas, bem como a contratação de estudos e projetos de industrialização, em consonância com a legislação municipal e ambiental; VI – a administração de bens dominicais pertencentes ao Estado de Minas Gerais, suas autarquias e fundações, com vistas ao seu melhor aproveitamento; VII – a participação em empreendimento econômico, em parceria com empresa estatal ou privada; VIII – a contratação de parceria público-privada, na forma da legislação pertinente; IX – a participação em empresa privada dos setores minerossiderúrgico e metalúrgico, com a qual mantenha parceria; X – o desenvolvimento de empreendimentos, cujas atividades incorporem novas tecnologias; XI – a realização de operações visando o desenvolvimento de projetos e empreendimentos de empresas privadas com importância e relevância para a economia do Estado.

¹¹⁵ MINAS GERAIS. Relatório de transição de governo – relatórios setoriais - Minas Gerais. Disponível em: <<https://www.mg.gov.br/.../transicao.../Documento%20de%20Transição%20-%20SES.pdf>>. Acesso em: 28 de dez. 2018.

¹¹⁶ Segundo Diagnóstico apresentado pela Comissão de Transição governo 2019/2022, o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais – BDMG; Companhia de Habitação de Minas Gerais – COHAB; Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais – PRODEMGE; Copasa Serviços de Saneamento Integrado do Norte e Nordeste de Minas Gerais S/A – COPANOR; Minas Gerais Administração e Serviços - S/A – MGS e Minas Gerais Participações S/A – MGI, apresentaram prejuízo líquido no exercício de 2017. Disponível em: <<portalnegociosja.com.br/wp-content/uploads/2018/12/Diagnostico-de-Minas-Gerais.pdf>>. Acesso em: 13 de jan. 2019.

atividades cujo interesse público é evidente, contudo, enquanto empresas públicas não possuem atividade que produza receitas suficientes para sua subsistência enquanto entidade com personalidade jurídica própria¹¹⁷.

Nesse contexto, vale ressaltar que não se está questionando a pertinência da Administração Pública manter empresas dependentes, que conforme o art. 2º da Lei Complementar 101/200, são aquelas empresas que recebem do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária. O que se está alertando, então, é a ausência de atividades que sejam capazes de produzir produtos ou serviços que sejam mensuráveis economicamente e que, portanto, justifiquem sua manutenção enquanto empresa.

Com base no panorama apresentado das empresas estatais da União e do Estado de Minas Gerais, não é possível concluir pela desnecessidade dessas entidades enquanto entidades da Administração Pública, o que, evidentemente envolveria análise mais profunda e sujeita a inúmeras variáveis que aqui não foram consideradas, inclusive sob o ponto de vista ideológico, social e temporal.

Nesse limiar, as informações acima explicitadas permitem o entendimento de que, em sua maioria, as empresas estatais não são deficitárias, não sendo possível verificar-se, no entanto, se o resultado decorre de investimentos constantes do Estado ou se de sua atividade empresarial mas, permite a constatação de que, em sua maioria, dado o volume de recursos que movimentam, tais empresas desempenham papel importante em sua área de atuação.

Com base nos dados levantados, Jessé Torres Pereira Júnior e outros¹¹⁸ afirmam que é necessário revisar a necessidade da manutenção de algumas empresas enquanto entidades empresárias, já que algumas não desempenham atividades capazes de gerar ganhos econômicos, que justifiquem este modelo de organização. No caso das superavitárias, deve-se discutir qual deve ser o papel do Estado no momento contemporâneo.

A Lei 13.303/16 apresenta o esperado Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, colocando novamente essas empresas em evidência, especialmente quando seu papel

¹¹⁷ A receita líquida da EMATER foi de R\$ 12 milhões de reais, lucro líquido de R\$ 619 mil reais e transferência de aporte do Tesouro foi no valor de R\$ 272 milhões de reais. A receita líquida da EPAMIG em 2017 foi de R\$ 10 milhões de reais, prejuízo líquido de R\$ 1,9 milhões de reais, recebendo aporte financeiro do Tesouro no valor de R\$ 105 milhões de reais. MINAS GERAIS. Relatório de transição de governo – relatórios setoriais - Minas Gerais. Disponível em: <<https://www.mg.gov.br/.../transicao.../Documento%20de%20Transição%20-%20SES.pdf>>. Acesso em: 28 de dez. 2018.

¹¹⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et. al. Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei 13.303/16. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.30

estratégico na organização administrativa do Estado, com funções mediadoras e influentes quando não determinantes sobre os demais agentes da ordem econômica.

Merece destaque nesse contexto, a análise da evolução legislativa por que passaram essas empresas até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fundada no paradigma do Estado Democrático de Direito.

2.5. Evolução do regime jurídico das sociedades de economia mista

Venâncio Filho¹¹⁹ afirmou que a expressão Sociedades de Economia Mista não é um conceito de direito, por não advir de noção jurídica bem delimitada. Significa apenas a reunião de capitais privados e fundos públicos para realizar a exploração de um empreendimento econômico.

Ainda de acordo com Alberto Venâncio Filho¹²⁰ aponta que o conceito de sociedades de economia mista é de economia e de finanças, e não conceito de direito. A conclusão desses argumentos seria de que a Sociedade de Economia Mista não constitui um conceito jurídico e não representa entidade própria, à medida que se enquadra no esquema do direito da LSA, não alcançando relevância jurídica uma vez que sua regulamentação seria idêntica à de qualquer empresa comercial

Segundo Alexandre Wagner Nester¹²¹, os preceitos acima não parecem ser a melhor definição apta a conceituar sociedade de economia mista, já que além de estar sujeita a Lei das Sociedades Anônimas e, portanto, ser empresa comercial, não pode ser classificada como idêntica a qualquer empresa. Inclusive a própria Lei destina a elas um capítulo especial, com a expressa previsão de observância, ainda que como possibilidade, do interesse público e, de acordo com o já citado Decreto Lei nº 200/67, isso torna-se evidente, ao integrá-las à Administração Pública Indireta.

A sociedade de economia mista não pode ser unidade isolada, livre para perseguir seus objetivos de forma dissociada dos interesses públicos. Segundo Walfrido Warde Júnior¹²², é

¹¹⁹ FLEINER, Fritz, 1933. In: FILHO, Alberto Venâncio, **Direito da Companhias**, 2ª edição.

¹²⁰ VENANCIO FILHO, Alberto. A Intervenção do estado no domínio econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 607 p.

¹²¹ NESTER, Alexandre Wagner. **The Importance of Interprofessional Practice and Education in the Era of Accountable Care**. 2016. N C Med. J. 2016 Mar-Apr;77(2):128-32. Disponível em: <>. <
<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/84504060/cristina-maria-melhado-araujo-lima/atualizacoes>>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

¹²² WARDE JUNIOR, Walfrido. **Falta legitimidade à reforma política – DCI** - Warde Advogados. 2018. Disponível em: <warde.com.br/falta-legitimidade-reforma-politica-dci/>. Acesso em: 13 de dez. 2018. p. 101.

importante ferramenta estatal, na medida em que, para além dos interesses de seus investidores privados ou de empresas similares de mercado, objetiva a concretização de finalidade pública.

Segundo Maria Sylvia Zanela Di Pietro¹²³:

[...] a Sociedade de Economia Mista é pessoa jurídica de direito privado, em que há conjugação de capital público e privado, participação do poder público na gestão e organização sob forma de sociedade anônima, com as derrogações estabelecidas pelo direito público e pela própria lei das S.A. (Lei n. 6404, de 15-12-76); executa atividades econômicas, algumas delas próprias da iniciativa privada (com sujeição ao art. 173 da Constituição) e outras assumidas pelo Estado como serviços públicos (com sujeição ao art. 175 da Constituição).

A referida doutrinadora considera que o termo “economia mista” precisa ser compreendido de modo limitado, no sentido de equilibrar capitais públicos e privados para posteriores objetivos de interesse coletivo. Ademais, a Sociedade de Economia Mista acaba por referir-se a qualquer organização que apresentar a participação ativa do Estado e do particular no que diz respeito ao seu capital e ao seu caminho. Nesse contexto, conforme já explicitado em toda a legislação nacional que dela trata, possuem, como característica que as difere das demais sociedades mercantis, a necessidade de atendimento do interesse público como objetivo principal de sua existência, sendo meio para viabilização de políticas públicas. A lucratividade, por conseguinte, é seu objetivo secundário.

A Lei nº 13.303/16 reforça o conceito trazido pelo Decreto Lei nº 200/67 sobre as sociedades de economia mista ao dispor, em seu art. 4º, que se trata de entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sendo sua criação autorizada por lei apenas sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, ao Entes Federativos ou a entidade da administração indireta que a tenha criado.

Já no §1º, do art. 4º, da Lei nº 13.303/16 o interesse público é expresso, deixando claro que o acionista controlador deverá atuar de forma a respeitar o interesse público que justifica sua criação. O art. 8º, §1º também prevê que a manifestação do interesse público deve ocorrer por meio do alinhamento entre os objetivos da sociedade e aqueles relacionados à consecução de políticas públicas.

Ainda necessária a indicação do relevante interesse coletivo disposto no art. 173 da CRFB/88 que deixe claro a transcendência da atuação da sociedade de econômica mista na

¹²³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 377.

atividade concorrencial para além da finalidade empresarial, devendo vincular-se a interesses que suplantem o dos acionistas, administradores e seus *stakeholders*¹²⁴.

Cristina Maria Melhado Araújo Lima¹²⁵, Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira¹²⁶ defendem que é preciso ressaltar que não é a simples presença do capital público que pode caracterizar a existência da sociedade da economia mista, mas sim, a presença do Estado. Há casos de participação pública no capital de empresas com participação reduzida ou temporária que não caracteriza o regime de direito comercial.

Para tratar das peculiaridades das sociedades de economia mista, é necessário que suas características sejam apresentadas comparando-as com as empresas públicas. Nesse sentido, as sociedades de economia mista diferenciam-se das empresas públicas inicialmente por apenas poderem assumir a forma societária de sociedade anônima, sendo que as empresas públicas podem assumir qualquer forma societária em direito admitida.

O capital das empresas públicas é exclusivamente público, podendo ser dividido entre mais de uma entidade da administração pública indireta e qualquer nível da federação, sendo que as sociedades de economia mista possuem capital misto (público e privado), devendo controle acionário ser sempre público.¹²⁷

Ainda das sociedades de economia mista, a competência para julgamento de ações em que figure como ré ou autora, é da justiça estadual, salvo se a União Federal estiver atuando como assistente ou oponente, ou se a matéria deslocar a competência nos moldes dos incisos o art. 109 da CRFB/88. Já nas empresas públicas a competência é da justiça federal, nos termos do art. 109, inciso I da CRFB/88.

Certo é que além dessas diferenças materiais estabelecidas entre as espécies de empresa estatal brasileiras, a diferença que se mostra mais importante e que parece ser menos explorada, é a dificuldade de definição de seu papel enquanto empresa integrante da Administração Pública e como sociedade em que o sócio minoritário é a iniciativa privada, cujo interesses finalísticos

124 Stakeholder em uma organização é, por definição, qualquer grupo ou indivíduo que pode afetar ou ser afetado pela realização dos objetivos dessa empresa. São indivíduos, grupos e outras organizações que têm interesse nas ações de uma empresa e que têm habilidade para influenciá-la de acordo com Tapscott, D., & Ticoll, D. A empresa transparente. São Paulo: M. Books do Brasil, 2005.

125 LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. **Regime jurídico dos portos marítimos**. 2009. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/84504060/cristina-maria-melhado-araujo-lima/atualizacoes>>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

126 LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

127 BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018. p. 2.

são divergentes. Enquanto o Estado, acionista controlador das empresas estatais, objetiva atingir o interesse público como sua finalidade precípua, a acionista privado objetiva a obtenção de resultados econômicos positivos, que justifiquem sua participação acionária.

Na empresa pública, como o capital é integralmente do Poder Público, a dificuldade na definição de seu papel mostra-se mitigada, já que há posicionamento uniforme entre os acionistas, seja o próprio Estado ou entidades da Administração Pública Indireta, todos aderentes à necessidade de atendimento do interesse público como seu objetivo maior.

Nas sociedades de economia mista, a presença do capital privado parece dificultar sua conciliação com o interesse público. Contudo, tal compreensão se mostra equivocada, já que como em uma relação simbiótica, o interesse público e interesse econômico beneficiam-se mutuamente. O modelo societário das sociedades de economia mista exige para sua existência a finalidade pública a ele atrelado, bem como a obtenção de recursos econômicos, que respaldem sua manutenção enquanto sociedade empresária, incluída aí a permanência dos acionistas privados.

Aliar os interesses que compõem a natureza dessas sociedades não é tarefa fácil, mas possível e relevante no cenário nacional, dada a sua participação no desenvolvimento econômico do país, sem que para tanto haja o desvirtuamento de suas atribuições.

No âmbito dessa pesquisa, verifica-se que o tipo de atividade objetivada pelas sociedades de economia mista deve ser utilizada para a delimitação de seu regime jurídico, e não a definição previa e estanque como prestadora de serviços público ou exploradora de atividade econômica, sendo certo, que o exercício dessas atividades e sua forma de interação com o mercado concorrencial é que devem ser verificados.

Tais conclusões são necessárias para a adequada identificação do papel dos instrumentos de governança corporativa, controles, ações de transparência previstos na Lei das Estatais na melhor delimitação da atuação dessas sociedades enquanto empresas e entidades da administração pública indireta.

3 INTERESSES PÚBLICO, PRIVADO E COLETIVO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

3.1 Interesse público

O conceito de interesse público é mesmo impreciso, por isso de difícil conceituação única, devendo, por isso, ser mensurado com base em fatos concretos e vinculados ao contexto em que se insere. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹²⁸ o interesse público deve ser conceituado “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.”

Expressões que “carregam” conceitos jurídicos indeterminados são, pela sua própria natureza, de difícil delimitação, já que sujeitas à discricionariedade do intérprete na sua aplicação, proporcionam graus distintos de elasticidade que podem variar de acordo com a classificação subjetiva do gestor público na definição do melhor interesse público no caso concreto.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²⁹ e Dinorá Grotti¹³⁰ acerca dos conceitos jurídicos indeterminados concordam que o legislador conferiu liberdade à Administração Pública ao dispor nas leis o que chamam de “conceito de valor”, devendo o administrador atuar com suas escolhas subjetivas no “caso concreto”, segundo os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Segundo Guilherme Andrés Muñoz¹³¹ em definição poética e, ao mesmo tempo precisa da complexidade da expressão “interesse público” o define como o amor, sentimento que muitos podem conhecer, dizer que suas veias já pulsaram por ele, mas no momento de defini-lo, é como se perdesse forças, desaparecesse, então melhor não o definir.

Especificamente, diante da complexidade das relações travadas pelas sociedades de economia mista notadamente em relação à satisfação do “interesse público” que deve nortear sua atuação enquanto entidades da Administração Pública Indireta e, especialmente a

¹²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p.64

¹²⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 83-92.

¹³⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39-71.

¹³¹ MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interesse público es como ele amor. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 21-31

conceituação da expressão “relevante interesse coletivo” prevista constitucionalmente como critério limitador da atuação dessas entidades na exploração de atividade econômica, Fábio Medina Osório¹³² explica ser imperiosa a diferenciação do interesse público e interesse coletivo e sua relação com o interesse econômico intrínseco à natureza dessas sociedades.

Nesse cenário complexo, propõe-se uma reflexão e consequente revisão da interpretação tradicional conferida pela doutrina clássica de direito administrativo, que atribui ao interesse público caráter de superioridade em relação a qualquer outro interesse que lhe pareça conflitante, conferindo-lhe caráter principiológico absoluto, como se capaz de sempre justificar escolhas unilaterais do Estado no desempenho de suas atribuições, sejam elas internas ou voltadas à sociedade.

3.3 O interesse público e sua supremacia apriorística no Estado Democrático de Direito

O paradigma tradicional do conceito de interesse público e a inevitável discussão sobre sua sustentação no Estado Democrático de Direito é necessária para que sejam realizadas reflexões na sua aplicação no direito administrativo tradicional.

Segundo Dirce Ferreira e Aloisio Krohling¹³³, o Estado fez uma trajetória pendular ligada à política e às transformações sociais, mas a história demonstrou que o caminho percorrido sempre esteve atrelado a grupos de poder, o que ocasionou um percurso de dominação na sociedade, desde o liberalismo até o Estado Democrático de Direito, e neste caminhar transformou em aparelhamento muitas vezes voltado a classe que o gerou.

Emerson Gabardo e Daniel Wunder Harchem¹³⁴ relaciona que o Estado do século XIX caracteriza-se como liberal, mas que do ponto de vista interno apresenta-se absoluto, soberano. Do Estado partem todas as faculdades e prerrogativas de domínio exercidas em nome do povo e em prol dele, despersonalizando a figura do poder e substituindo-a pelo poder estatal, como verdadeiro aparato de gestão do poder.

¹³² OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, n. 220, 2000, p. 69-107

¹³³ FERREIRA, Dirce Nazaré; KROHLING, Aloísio. O princípio da supremacia do interesse público no Estado democrático de direito e sua roupagem neoconstitucionalista. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 482 -503, jul/dez. 2013.p.483

§1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.

¹³⁴ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O **suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo**: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201.

O Estado liberal consagra as liberdades, garantias e direitos individuais, objetivando garantir liberdade, convivência pacífica, segurança e propriedade. Odete Medauar¹³⁵ acredita na necessidade de consolidação do poder estatal na função de garantir a ordem, a segurança e o exercício dos direitos do indivíduo, aliada a necessária concessão de autonomia à atuação privada, o que ocasiona a distinção entre o poder soberano do Estado e o poder dos indivíduos nas suas relações, estabelecendo uma relação verticalizada e separatista.

Já no século XX, Gustavo Binenbojm¹³⁶ aponta que, com o advento do Estado social, houve uma aproximação da sociedade com o Estado, em um movimento contrário à emancipação dos indivíduos em relação à atuação Estatal, tendo como resultado fundamental das políticas intervencionistas a estatização da sociedade, enfraquecendo a distinção entre a esfera pública e a privada.

E, segundo Odete Medauar¹³⁷:

Com a dinâmica intervencionista o Estado passou a atuar em esferas antes tidas como reservadas à autonomia privada, em especial no setor econômico e social, do que resultou o processo denominado de *publicização do privado*; o que afetava a poucos passou a ser de interesse comum; a política interferiu na economia; por outro lado, grandes corporações, associações e grupos privados passaram a exercer pressão sobre o Estado, a colaborar na gestão de atividades de interesse geral, a solucionar problemas mediante acordos e negociações, gerando a chamada *privatização do público*.

Os debates sobre as relações Estado-sociedade ressurgiram na década de 1990 do século XX e início do século XXI com os estudos sobre o princípio da subsidiariedade objetivando delimitar e segregar o campo de atuação do Estado e da iniciativa privada.

Contudo, Gustavo Binenbojm¹³⁸ explica que o interesse público sempre esteve ligado à vontade estatal, em posição de superioridade, tanto no Estado liberal, quando no Estado social e ainda persiste no Estado Democrático de Direito, sob o fundamento da representação da vontade de uma coletividade em detrimento de vontades individuais.

¹³⁵MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.115.

¹³⁶BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹³⁷MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.115.

¹³⁸BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Humberto Bergman Ávila¹³⁹ lembra que, especialmente o direito administrativo, tardou por perceber e refletir a “vontade do cidadão” como princípio democrático, sendo certo que ainda hoje persiste o princípio da supremacia do interesse público como premissa “inquestionável” para justificar as prerrogativas que conferem ao Estado superioridade. Por conseguinte, configura um poder assimétrico em relação ao particular, sob o fundamento da Administração Pública ser a guardiã dos interesses da coletividade¹⁴⁰, em contraponto com a vontade privada do indivíduo.

O interesse público adotado como mecanismo justificador das ações do Estado, inclusive de postura desresponsabilizadora por parte de seus administradores - sejam eles administradores públicos, integrantes da Administração direta, autárquica e fundacional, sejam aqueles com mandato estatal eletivo, (societários, igualmente com mandato eletivo ou integrantes da administração direta ou indiretamente) - permanece nos dias atuais como centro legitimador da atuação estatal unilateralizada e abstratamente considerada como prevalente.

A doutrina tradicional¹⁴¹ liderada por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴² reafirma a supremacia do interesse público como princípio norteador da atividade estatal:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 70, incisos III, V e VI) ou em tantos outros. Afinal, o princípio em causa é pressuposto lógico do convívio social. (1996, 53)

¹³⁹ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁴⁰Especificamente sobre o princípio da supremacia do interesse público FERREIRA; KROHLING (2013, p. 483) contextualiza: “O Estado se edificou sobre ruínas de velhos clãs com a perspectiva de remodelagem, mas se apropriou das práticas dessas classes, reproduzindo-as em menor ou maior grau. E assim utilizou o princípio da supremacia do interesse público pelas vestes neutras da lei tanto no Estado liberal, quanto no Estado social e também no Estado democrático de direito. Esse último apresenta maior potencial de adversidade, porque se mostra como Estado constitucional onde florescem os direitos fundamentais, mas desenvolveu o Estado neoliberal que se apresentou como perfil ideológico cujas condicionantes foram as doutrinas econômicas de livre mercado. A desigualdade entre Estado e sociedade encontrou nos três momentos a justificativa do princípio da supremacia do interesse público como elemento sancionador das ações do próprio Estado.” E conclui: Assim, o princípio da supremacia do interesse público permanece como axioma informador do Direito administrativo desde o Estado liberal até hoje, e proclama a superioridade do Estado de tal forma que, coercitivamente a ele é concedido poder assimétrico em relação ao particular. O Estado se ergue soberano sobre a vontade privada de seus cidadãos por se entender que a administração pública é guardiã de “interesses coletivos.”

¹⁴¹No mesmo sentido BEMQUERER (2012, p. 93) faz menção ao conceito de interesse público, citando (GASPARINI (2000, p. 18) segundo o qual “no embate entre o interesse público e o particular há de prevalecer....

¹⁴²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 961 p.

Já o neoconstitucionalismo¹⁴³, movimento que dá origem ao Estado Democrático de Direito, repensa a supremacia do interesse público sobre o particular na perspectiva de que interesses públicos devem ser condizentes com a vontade da coletividade, mas, devem ainda ser obtidos mediante práticas democráticas obtidas mediante a satisfação de direitos e garantias individuais.

O advento do Estado Democrático de Direito tem origem na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que já em seu art. 1º consagra que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito” e tem como fundamentos de interesse público: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. O princípio democrático encontra-se expressamente ressaltado no parágrafo único do mesmo artigo 1º, segundo o qual “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O Estado Democrático de Direito, segundo Irene Nohara¹⁴⁴ nada mais é, que a “síntese agregadora do Estado Social com a proposta democrática, tendo em vista refrear a tendência de o Estado atuar de forma impositiva, no seu ímpeto de realização de fins públicos.”

Não obstante, a atuação do Estado permanece, em geral, pautada no princípio da supremacia do interesse público, de forma dissonante dos fundamentos insculpidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e dos demais direitos fundamentais por ela resguardados, já que a Administração Pública, sob o pálio da proteção ao interesse público, continua adotando posições unilaterais, que reforçam e ampliam seu poder hierarquizado e desconsideram que dentre os interesses públicos que devem ser tutelados pelo Estado, encontram-se a dignidade da pessoa humana e os direitos individuais dos cidadãos.

¹⁴³ Neoconstitucionalismo pode ser definido como movimento que reestrutura o sistema jurídico, ficando a constituição em seu centro, irradiando a todos os ramos as suas prescrições. No sistema neoconstitucional os direitos fundamentais ganham tamanha relevância que seu reconhecimento prescinde de normatização infraconstitucional. Segundo FERREIRA; KROHLING (2013, p. 484) “O neoconstitucionalismo avulta uma nova teoria apontando críticas ao exacerbamento do princípio da supremacia de interesse público, demonstrando que sua imperatividade foi adequada ao nascedouro do Direito Administrativo com a teoria da separação de poderes desenvolvida por Montesquieu. Porém no Estado democrático de direito, mostra-se sem sintonia com a Constituição. Assim, a desconstrução da supremacia do interesse público é tema novo que surge na perspectiva de mitigar a assimetria do Estado em face do cidadão. Nesse aspecto se a administração pública reflete a vontade dos cidadãos, o interesse público que lhes é peculiar deveria ser resultante do conjunto de interesses desses indivíduos considerados como membros da sociedade.”

¹⁴⁴ NOHARA, Irene. **Poder económico e limites jurídicos à captura da concertação social. In: A Prevenção da Corrupção e outros desafios à boa governança da Administração Pública.** GOMES, Carla Amado, NEVES; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord). Ed. Instituto, de Ciências Jurídico- Políticas – CIP e Centro de Investigação de Direito Público – CIDP, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, março 2018.

Ainda, cabe a reflexão de que, se todo o poder emana do povo, em que momento na CRFB/88 foi conferido ao Estado a responsabilidade pela aplicação suprema dos interesses públicos de forma unilateralizada, como se toda a sociedade tivesse conferido uma “chancela” prévia acerca das escolhas por ele adotadas.

Nessa seara, o conceito de interesse público e os limites de sua incidência, norteados pelo chamado “princípio da supremacia do interesse público” vêm sofrendo revisão, a luz do Estado Democrático de Direito, seja pela descrença de sua existência enquanto princípio, seja pela sua relativização e necessário sopesamento frente aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Maria Tereza Fonseca Dias¹⁴⁵, ao analisar a mudança do papel do Estado desde a modernidade até os dias atuais (pós-modernidade), observa:

(...) o Estado perde seu privilégio de transcendência quando passa a necessitar do auxílio da sociedade na realização de suas funções, e a norma jurídica, dependendo do crivo da legitimidade, não pode mais ser definida como expressão da vontade geral, visto que a lei é formulada segundo um conjunto de relações políticas e sociais contingentes (DIAS, 2003, p.34)

A ausência de referibilidade expressa da supremacia do interesse público enquanto princípio no ordenamento jurídico brasileiro seria um dos fundamentos para a não sustentação de sua superioridade. Diante de amplo catálogo de direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição brasileira, Humberto Bergman Ávila¹⁴⁶ afirma que a única regra abstrata de prevalência possível de ser firmada via processo dialético seria aquela em favor dos interesses privados e não dos públicos.

Daniel Sarmento¹⁴⁷ contrapõe-se integralmente à existência do interesse público enquanto princípio, seja pela absoluta inadequação com a ordem jurídica brasileira, como também pelos riscos que sua assunção representa para a tutela de direitos fundamentais, considerando que a ordem constitucional brasileira tem como epicentro axiológico o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p.34

¹⁴⁶ÁVILA, Humberto Bergman. **Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular"**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁴⁷ SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vc. Interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Outro problema, segundo Daniel Sarmiento¹⁴⁸, que agrava a crise do conceito de interesse público, é a sua indeterminação conceitual, em uma sociedade plural e fragmentada como são as sociedades contemporâneas, nas quais se torna impossível obter um conceito homogêneo de bem comum ou de vontade geral, o que pode permitir que autoridades públicas o utilizem para as mais arriscadas malsersações.

Em oposição ao posicionamento coordenado por Daniel Sarmiento¹⁴⁹, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁰ afirma que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é a essência de qualquer Estado, sendo ele que qualifica o princípio da legalidade no Estado de Direito. “Por isso é princípio basilar do regime jurídico-administrativo já que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito: é consequência dele”.

Alice Gonzáles Borges¹⁵¹ alerta sobre a desvirtuamento conceitual da supremacia do interesse público reforça a existência da supremacia do interesse público, mas alerta sobre o seu desvirtuamento conceitual:

É preciso não confundir a supremacia do interesse público — alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo — com as manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é o princípio: é, antes, sua aplicação prática (BORGES, 2006, p. 30-31).

Segundo a autora,¹⁵² o autoritarismo de autoridades públicas, no intuito de ratificar decisões unilaterais, de interesse individualizado e que, portanto, não refletem o interesse público, não poderiam ser classificados como interesse público. O problema, assim, estaria na conceituação do que seja interesse público e não em sua supremacia, intrínseca à natureza do interesse público genuíno.

Fábio Medina Osório¹⁵³, também reconhece a superioridade do interesse público na ordem constitucional brasileira, já que há em diversas situações na CRFB/88, tais como

¹⁴⁸ SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vc.** Interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vc. Interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional.** In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 961 p.

¹⁵¹ BORGES, Alice Gonzáles. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?** Revista Interesse Público, Porto Alegre, n.37, p. 29-48, maio/jun. 2006.

¹⁵² BORGES, Alice Gonzáles. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?** Revista Interesse Público, Porto Alegre, n.37, p. 29-48, maio/jun. 2006.

¹⁵³ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, n. 220, 2000, p. 69-107

restrição de direitos individuais, a existência de bens coletivos que exigem proteção estatal, alterações unilaterais de contratos públicos, desapropriação de imóveis particulares em que retrata-se a superioridade do interesse público em relação ao privado. Certo é que não se pode ignorar o papel do interesse público no ordenamento jurídico vigente, sendo a supremacia do interesse público ainda, o motivo do agir estatal.

O posicionamento adotado no presente estudo acadêmico acerca do conceito de interesse público coaduna-se com aquele empossado por Alice Gonzáles Borges¹⁵⁴ associada à aplicação do interesse público sob as premissas trazidas pela corrente encabeçada por Eurico Bitencourt Neto¹⁵⁵ de uma Administração Pública concertada, cuja origem remonta as transformações vivenciadas pelo Estado de Direito, na medida em que é superada a separação entre Estado e sociedade (que pressupunha uma relação hierarquizada) para uma situação de comunicação entre Estado e sociedade, ganhando força os meios negociais e formas contratuais.

Segundo Eurico Bitencourt Neto¹⁵⁶, a Administração concertada pressupõe diálogo institucionalizado entre Poder Público, os particulares e os diversos atores do aparato administrativo. Daí o porquê a concertação administrativa pode ser conceituada como novo estilo de administrar participativo, consensual e flexível, funcionando como mecanismos de legitimação direta da atuação da administração pública.

Desse contexto, importante ressaltar que nem todo interesse dito público deverá prevalecer sobre interesses privados. Contudo, não se nega a possibilidade de sua prevalência incondicional, desde que, no caso concreto, reste evidente a presença do interesse da coletividade que predomina sobre o individual, ambos sempre pautados em direitos e garantias fundamentais. Portanto, o interesse público é a razão de ser do Estado, tendo como fim a proteção da segurança, justiça, bem-estar social, inerentes à toda a sociedade.¹⁵⁷

Assim, partindo-se da premissa de que a defesa dos direitos e garantias individuais é o centro de todo o ordenamento jurídico no sistema constitucional vigente e, por isso, configura-

¹⁵⁴ BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n.37, p. 29-48, maio/jun. 2006.

¹⁵⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. **A Administração Pública concertada**. In: A Prevenção da Corrupção e outros desafios à boa governança da Administração Pública. GOMES, Carla Amado, Ana Fernanda NEVES; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord). Ed. Instituto, de Ciências Jurídico- Políticas – CIP e Centro de Investigação de Direito Público – CIDP, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, março 2018.

¹⁵⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. **A Administração Pública concertada**. In: A Prevenção da Corrupção e outros desafios à boa governança da Administração Pública. GOMES, Carla Amado, Ana Fernanda NEVES; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord). Ed. Instituto, de Ciências Jurídico- Políticas – CIP e Centro de Investigação de Direito Público – CIDP, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, março 2018.

¹⁵⁷ O interesse aqui referido se trata do chamado interesse público primário que na lição de Luís Roberto Barroso é a “razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Este são interesses de toda a sociedade. (BARROSO, 2007, xiii)

se como elo entre todos os poderes estatais, Paulo Ricardo Schier¹⁵⁸ sendo a razão de ser do Estado a satisfação dos direitos e garantias fundamentais, que protegem os indivíduos que condutas do Estado que por vezes são permeados por atos de autoritarismo, como se fosse justificadores de satisfação do interesse público.

Segundo lição de Paulo Ricardo Schier¹⁵⁹, os direitos fundamentais não devem ser compreendidos como “concessões” estatais e que só seriam aplicados quando não estiverem presentes outros direitos mais “nobres” quais sejam, os públicos. E complementa:

Ao contrário, os direitos fundamentais “privados” devem integrar a própria noção do que seja o interesse público e este somente se legitima na medida em que nele estejam presentes aqueles. A regra, portanto, é de que não se excluem, pois compõem uma unidade normativa e axiológica.

Segundo Fabrício Motta¹⁶⁰ “não há exclusividade do Estado na defesa do interesse público, que deve ser compartilhada com a sociedade, tampouco identificação entre interesse público e interesse estatal. O conceito de interesse público não é construído a partir do Estado, mas sim da sociedade.”

No que concerne especificamente às sociedades de economia mista e o interesse público por ela resguardado, importante se ter em mente que os interesses privados que nela circundam devem configuram-se como direitos fundamentais respaldados pela ordem constitucional econômica, devendo a Administração Pública apenas a eles sobrepor-se para a satisfação do interesse público primário¹⁶¹.

Assim, Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente¹⁶² afirmam como evidente que, quando o interesse público é utilizado visando justificar atos voltados ao interesse patrimonial ou a

¹⁵⁸ O SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 217-246.

¹⁵⁹ O SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 217-246.

¹⁶⁰ MOTTA, Fabrício. **A gestão de conflitos de interesses como política pública**. In: A Prevenção da Corrupção e outros desafios à boa governança da Administração Pública. GOMES, Carla Amado, NEVES; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord). Ed. Instituto, de Ciências Jurídico- Políticas – CIP e Centro de Investigação de Direito Público – CIDP, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, março 2018.

¹⁶¹ ALEXANDRINO, Marcelo Alexandrino. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18ª ed. Revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 187.

¹⁶² Marcelo Alexandrino, em sua obra, conceitua tais interesses de forma clara, conforme descrito in verbis: os interesses públicos primários são os interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos. Já os interesses públicos secundários são os interesses imediatos do Estado na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. Esses interesses secundários são identificados pela doutrina, em regra, como interesses meramente patrimoniais, em que o Estado busca aumentar sua riqueza, ampliando receitas ou evitando gastos. Também são mencionados como manifestação de interesses secundários os atos internos de gestão administrativa, ou seja, as

consecução de objetivos internos do Estado, ligados a execução de seus objetivos vinculados ao seu funcionamento e ao sujeitos ao inteiro arbítrio do administrador, poder-se-ia pensar na impossibilidade de existência de supremacia do interesse público, mas, repita-se não configuram, na realidade, interesses públicos, mas interesses individuais que não guardam relação com direitos fundamentais e ainda, adotados de forma unilateralizadas pelo Estado.

3.2. Interesse econômico

Quanto ao “interesse econômico”, por se tratar de conceito multidisciplinar, recorreu-se a conceitos trazidos pelo direito econômico e empresarial, que guardem relação com o direito administrativo contemporâneo e, por conseguinte, com a realidade das sociedades de economia mista.

A análise do lucro das sociedades de economia mista, não se objetivando aqui discutir a análise econômica do lucro, entendendo-se a expressão interesse econômico, como sinônimo de resultados econômicos positivos, superávit positivo. Em que medida o lucro, entendido, portanto, como resultado econômico positivo deve ser interesse objetivado nas empresas estatais, principalmente, das sociedades de economia mista e a repercussão desta situação nos limites à consecução do interesse público são questões que precisam ser enfrentadas.

Segundo Jachinto Silveira Dias de Arruda Câmara¹⁶³, os principais argumentos para que o lucro seja rechaçado como resultado da atividade exercida pela empresa estatal, segundo uma primeira vertente ideológica e moralista, a lógica de que os tributos já pagos pela sociedade deveriam ser suficientes para viabilizar custos de acesso a bens e serviços fornecidos pelo Estado e que por isso, o lucro seria resultado estranho e incompatível à atividade Estatal.

Outra justificativa de Jachinto Silveira Dias de Arruda Câmara¹⁶⁴, seria a de que como o lucro entraria no conceito jurídico de interesse público secundário e como tal não pode ser finalidade perquirida pelo Estado, não seria possível objetivá-lo, mesmo que subsidiariamente, por meio de sua Administração Indireta. Para esses, o Estado não teria razão ou justificativa para querer lucrar.

atividades-meio da Administração, que existem para fortalece-la como organismo, mas que só se justificam se forem instrumentos para que esse organismo atue em prol dos interesses primários.

¹⁶³ CÂMARA, Jachinto Silveira Dias de Arruda, O lucro nas empresas estatais. **Revista Brasileira de Direito Público** – RPDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, abr/jun. 2012. Disponível em < <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.ASPX?pdiCntd=79745>>. Acesso em: 10 de agosto de 2018.

¹⁶⁴ CÂMARA, Jachinto Silveira Dias de Arruda, O lucro nas empresas estatais. **Revista Brasileira de Direito Público** – RPDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, abr/jun. 2012. Disponível em < <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.ASPX?pdiCntd=79745>>. Acesso em: 10 de agosto de 2018.

Ainda, segundo os ensinamentos do autor supracitado, o resultado econômico positivo seria conduta estranha a uma sociedade de economia mista que justificar-se-ia como uma espécie de dogma: o Estado não teria sido feito para lucrar, já que o lucro seria um produto da atividade privada. O Estado não teria razão ou justificativa para querer lucrar com suas empresas, uma vez que sua fonte de recursos adviria do poder de tributar e não da prestação de serviços ou fornecimento de bens com o intuito de capitalizar-se.

E ainda, se a Constituição da República autoriza a atuação do Estado na esfera econômica não é para a obtenção de lucro, mas, para atendimento do interesse público, delineado na segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Por isso, o Estado empresário não deveria lucrar, pois em tais situações estaria desviando-se de suas metas constitucionais, podendo, ao objetivar o lucro, incorrer em desvio de finalidade.

A segunda justificativa, de acordo com Jacinto Silveira Dias de Arruda Câmara¹⁶⁵, se fundamenta na premissa segundo a qual há um objetivo primário a ser perseguido pelas empresas estatais, sendo que a perseguição a outro objetivo, qual seja, o lucro, prejudicaria o consumidor, que pagaria preços nos quais estariam embutidos os ganhos com suas atividades. Buscá-lo seria o mesmo que abandonar o interesse secundário e que, portanto, as empresas não deveriam perseguir lucro, o que configuraria autêntico desvio de finalidade.

Na relutância em se assumir o caráter lucrativo dessas empresas, parece haver entendimento de que a obtenção de lucro e a consecução de interesse público são interesses contrapostos, como se, ao assumir o objetivo de obtenção de rendimentos econômicos positivos, a empresa estatal estivesse renegando o interesse público como finalidade maior.

A limitação da atuação das empresas estatais na exploração da atividade econômica, conferida pelo citado art. 173 da CRFB/88, ao prever que apenas será permitida, quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, deixando evidenciada sua atuação subsidiária na ordem econômica nacional e, principalmente, a relevância do interesse público não sendo apenas justificativa para sua criação, mas, fundamento para o desempenho dessas Empresas.

Nesse sentido, a exploração da atividade econômica nessas empresas, deve ser entendida como meio para o Estado alcançar finalidades públicas, o que atribui à empresa estatal uma função instrumental.

¹⁶⁵ CÂMARA, Jacinto Silveira Dias de Arruda, **O lucro nas empresas estatais**. Revista Brasileira de Direito Público – RPDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, abr/jun. 2012. Disponível em < <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.ASPX?pdicntd=79745>>. Acesso em: 10 de agosto de 2018.

Certo é que, a rentabilidade a ser alcançada com a atividade empresarial pelo Estado é medida pertinente e aceitável independente do “aparente” regime jurídico da empresa. Os limites à sua incidência e sua convivência com o interesse público é que precisam ser melhor delineados.

Independente da publicação da Lei nº 13.303/16, Ana Frazão¹⁶⁶ entende que:

(...) é importante que se ressalte que nunca foi permitido às empresas estatais desprezar, mitigar ou negligenciar a sua função lucrativa, muito menos para o fim de instrumentalizar a gestão e direcioná-la para outros fins de interesse público que não digam respeito aos fins específicos da lei autorizadora.

Segundo Alexandre Santos de Aragão¹⁶⁷, quando o Estado opta por realizar objetivos públicos por meio de instrumento empresarial de direito privado e no caso das sociedades de economia mista, em concurso com capitais privados, deve-se entender que a relação entre as duas lógicas (lucratividade e objetivos públicos), não pode ser de prevalência absoluta de uma sobre a outra, mas de equilíbrio. Pode a empresa estatal atuar com o menor lucro institucional ou com resultados que apenas cubram os custos de sua atividade, sem necessariamente obter-se resultados positivos.

De acordo com Alexandre Santos de Aragão¹⁶⁸, deve haver, por conseguinte, moderação entre a lógica econômica natural à estatal e os interesses a ela ligados. Contudo, não seria coerente a defesa desmedida de que o lucro não é bem vindo em empresas estatais, pelo simples motivo de que se assim fosse a CRFB/88, não teria previsto expressamente a intervenção do Estado na atividade econômica por meio de empresas estatais, principalmente por meio de sociedades de economia mista, em que na sua constituição há participação de capital privado, onde os lucros são a finalidade precípua de sua atuação.

Se assim não se considerar, o modelo empresarial criado pelo Estado para o atingimento de finalidades públicas estaria, no mínimo, comprometido em sua escolha enquanto mecanismo de descentralização, criando-se uma figura que mais se assemelharia a uma autarquia ou fundação, entidades onde o lucro não integra sua essência.

¹⁶⁶FRAZÃO, Ana. **Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista. In: Estatuto Jurídico das Empresas Estatais.** Augusto Neves Dal Pozzo, Ricardo Marcondes Martins (Coord.) São Paulo, ed. Contracorrente, 2018. p.126

¹⁶⁷ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e concorrência. ReDAE – **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 1, 2005, p.17.

¹⁶⁸ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista.** São Paulo: Forense, 2017. p. 138.

Evidente que a defesa de retorno financeiro ligado ao exercício de atividades dissociadas do objeto social atrelado à constituição da empresa, seria motivo de inconstitucionalidade flagrante na medida em que, o fundamento de relevante interesse coletivo¹⁶⁹, previsto constitucionalmente, deve servir de limitação à atuação dessas sociedades empresárias no cenário econômico nacional, deixando claro que a obtenção de rendimentos econômicos positivos deve ser medida consequente da observância de seu objeto social, cuja finalidade será o atendimento do interesse público.

Se a constituição de uma empresa estatal não redundar em rentabilidade que se reverta no atingimento da finalidade pública para a qual foi constituída e, por conseguinte, em mais receita para a consecução de novos objetivos voltados ao interesse público, se mostra equivocado o modelo empresarial escolhido pelo Estado.

Não por acaso, Flávio Rosendo dos Santos¹⁷⁰ afirma que é por meio do lucro que o Poder Público e seus eventuais parceiros privados obterão o retorno do capital investido, contribuindo, no caso das empresas estatais, para o atingimento de suas finalidades públicas, cujo equilíbrio ficaria ameaçado por sucessivos resultados deficitários, causando prejuízos ao erário, dificultando novos investimentos e contribuindo para a má qualidade dos serviços públicos prestados por elas (quando prestadoras de serviço público).

E ainda complementam:

Todavia, isso não significa que as empresas estatais devem obedecer à lógica vigente nos empreendimentos privados. Apesar de desejável, o lucro não é o objetivo que anima os empreendimentos estatais. As empresas estatais, como entes integrantes da Administração Pública, existem para atender a interesses públicos. Não pode o Estado instituir ou adquirir empresas apenas como forma de investimento, pois a ele cabe promover o interesse público, o qual será contemplado, primeiramente, pelo próprio exercício da atividade objeto do empreendimento público, bem como pela participação que as empresas estatais podem ter na implementação de políticas públicas¹⁷¹.

Rendimentos econômicos positivos são medidas, se não imprescindíveis, necessários para a manutenção das sociedades de economia mista enquanto entidade da Administração Pública Indireta, sob pena de sua liquidação ou privatização, imprescindíveis dadas as

¹⁶⁹ Considera-se a segurança nacional como conceito inserido na compreensão de “relevante interesse coletivo”.

¹⁷⁰ SANTOS, Flávio Rosendo dos. A influência política na gestão das empresas estatais à luz do direito fundamental à boa administração e da governança corporativa e pública. 2015. Disponível em: <http://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/1592/1/CT_PPGPGP_M_Santos%2C%20Flavio%20Rosendo_2015.pdf>. Acesso em: 1 de dez. 2018.

¹⁷¹ DALLARI, Adilson Abreu, Sociedade de economia mista – Sócio Estratégico – Acordo de Acionistas, 2000. Parecer jurídico disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47609/45137>, acesso em 14/01/2019.

prioridades do Estado no planejamento e execução de políticas públicas, que suplantam enormemente a manutenção de empresas sob o pálio da Administração Pública.

Segundo parecer exarado por Adilson Abreu Dallari¹⁷², para a empresa Southern Electric do Brasil Participações Ltda, acerca do acordo de acionistas celebrado pela Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG com aquela empresa, a ideia disciplinada sobre as relações entre as partes e sua validade jurídica pode ser entendida da seguinte maneira:

Não é exatamente correta a afirmação da existência de interesses opostos entre o Poder Público e o investidor privado, pois este sabe que a obtenção dos resultados econômicos depende ou tem como meio a realização de interesses públicos, e o Poder Público, por sua vez, sabe que a realização da finalidade pública passa, necessariamente, pela satisfação de interesses privados. Há, portanto, na Sociedade de Economia Mista uma necessária e elementar conjugação de interesses, sem a qual não haveria a "affectio societatis", indispensável à formação e manutenção de qualquer entidade associativa.

Nas sociedades de economia mista, inegável que o interesse econômico é medida a ser alcançada, não apenas por ser intrínseca à atividade empresarial, mas, especialmente pela presença de acionistas privados, que possuem interesses individuais respaldados pela ordem constitucional, em que se destacam os princípios da livre iniciativa e proteção do trabalho humano.

3.4 Interesse público e econômico das sociedades de economia mista

Conforme já explicitado, como os interesses privados ou econômicos objetivados pela Sociedade de Economia Mista, integram o rol de garantias fundamentais da ordem econômica resguardados constitucionalmente, deve sempre haver, por parte do Estado, uma postura mediadora para que seja realizada uma ponderação entre os interesses que estão sendo sopesados diante dos objetivos da Sociedade de Economia Mista.

Portanto, não obstante todos os interesses integrantes da estrutura de uma sociedade de economia mista serem igualmente públicos, na lição de Daniel Wunder Achemm¹⁷³ o interesse público deve ser considerando sob dois enfoques:

(a) interesses públicos em sentido amplo: interesses dos indivíduos enquanto membros da sociedade na qual estão inseridos, englobando os interesses da

¹⁷² SANTOS, Flávio Rosendo dos. **A influência política na gestão das empresas estatais à luz do direito fundamental à boa administração e da governança corporativa e pública**. 2015. Disponível em: <http://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/1592/1/CT_PPGPGP_M_Santos%2C%20Flavio%20Rosendo_2015.pdf>. Acesso em: 1 de dez. 2018.

¹⁷³ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**, Belo Horizonte, 2011.

coletividade (interesse geral) e os interesses individuais e coletivos (interesses específicos);

(b) Interesse público em sentido estrito: interesses da coletividade (interesse geral), a ser identificado no caso concreto, em decorrência de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico, seja em decorrência de discricionariedade ou de um conceito legal.

E Daniel Wunder Hachem¹⁷⁴ complementa que deve o interesse público em sentido estrito ser o pressuposto de validade da atividade administrativa e, quando verificado, deve sempre prevalecer sobre interesses individuais e coletivos específicos (interesses específicos) também protegidos pelo sistema normativo.

Necessário, portanto, para a correta delimitação desse interesse no âmbito das sociedades de economia mista, que se tenha em vista todos os direitos fundamentais envolvidos e sua relação com o interesse público a ser defendido no caso concreto.

Evidente será a supremacia do interesse público das sociedades de Economia Mista quando o interesse que motivou a criação da estatal e os interesses públicos por ela objetivados estiverem conectados. O problema subsiste quando, ao revés, tais interesses são de difícil delimitação, a ponto de não se conseguir distinguir qual interesse público deveria ser resguardado, enquanto finalidade a ser perquirida.

Segundo Floriano Marques Neto e Mariana Zago¹⁷⁵, o interesse público se materializa nas empresas estatais pelo cumprimento de seus fins sociais executados por meio de sua estrutura empresarial.

Não resta dúvida que o interesse que deve sempre ceder ao interesse público, como sustenta Daniel Wunder Hachem¹⁷⁶, é aquele exclusivamente singular, que atende somente ao “indivíduo enquanto tal, desprovido de proteção jurídica. Ele engloba o interesse puro e simples da pessoa (física ou jurídica) de Direito Público ou de Direito Privado), carente de tutela pelo ordenamento jurídico, e os interesses ilícitos.”

A CRFB/88 ao tratar das empresas públicas e sociedades de economia mista em seu capítulo da Ordem Econômica, a despeito da sujeitá-las ao regime próprio das empresas privadas, por se tratarem de entidades criadas pelo Estado e integrantes da Administração Pública Indireta submetem-se também a normas de direito público, como a necessária realização de concurso público para a formação de seu quadro próprio de empregados e a

¹⁷⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**, Belo Horizonte, 2011.

¹⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano; ZAGO, Mariana. Limites à atuação do acionista controlador nas empresas estatais: entre a busca do resultado econômico e a consagração das suas finalidades públicas. **Revista de direito público da economia**. Vol. 13, n. 49, pp. 79-94, jan./mar. 2015.

¹⁷⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**, Belo Horizonte, 2011.

obrigatoriedade de procedimento licitatório na aquisição de bens e serviços, conforme artigo 37, incisos II e XXVII da CRFB/88 (BRASIL,1988), ocasionando um regime jurídico considerado peculiar.

Essa peculiaridade, na lição de Alexandre Santos de Aragão¹⁷⁷ se caracteriza pela adoção de um regime jurídico essencialmente privado, mas com inúmeras derrogações de direito público, a maior parte delas, inclusive, de sede constitucional. Quando empresas estatais exercem atividades econômicas de forma subsidiária à atuação da iniciativa privada, com base no *caput* do art. 173 da CRFB/88, possuem personalidade jurídica de direito privado inerente à sua forma empresarial, não podem ter vantagens distintas das conferidas à iniciativa privada, sob pena de atuarem em concorrência desleal com elas.

Inegável, portanto, que a grande dificuldade, principalmente das sociedades de economia mista¹⁷⁸, reside na calibragem entre sua natureza empresarial e a sua inserção no conceito de Administração Pública Indireta,¹⁷⁹ em que a participação dos investidores privados como acionistas minoritários e a consequente necessidade de lucro, acaba por acirrar a discussão acerca dos limites do atendimento ao interesse público e ao interesse econômico na gestão dessas companhias.

A sustentação da existência de conflito entre interesses públicos e econômicos principalmente na gestão das sociedades de economia mista advém, em certa medida, da concepção de supremacia do interesse público trazida pelo direito administrativo tradicional, que acabou redundando na equivocada compreensão de que interesses públicos e privados se tratam de questões antagônicas e incompatíveis entre si.¹⁸⁰

¹⁷⁷ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. São Paulo: Forense, 2017. p. 138.

¹⁷⁸ A sociedade de economia mista encontra-se definida no Decreto Lei n.º 200/67. Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

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.(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

¹⁷⁹ “Art. 37. (...) XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁸⁰ Geraldo Ataliba e J. A. Lima Gonçalves ao tratarem sobre o excedente contábil de empresas estatais, defenderam que “o critério superávit para avaliar o grau de sucesso do desempenho da atividade pública, que não a busca, não tem como parâmetro, que ele é (enquanto resultado) indiferente. Mais que isso; o superávit, na atividade pública, não pode ser finalidade (o Estado, se quiser receitas, é obrigado a recorrer aos tributos, como sublinhou Seabra Fagundes, in Revista de Direito Público, vol.98, p.174)”. (ATALIBA, Geraldo; GONÇALVES, J Artur Lima, p. 279)

“Registra-se: não é admissível ao Poder Público perseguir o lucro, vantagem econômica como fim principal de sua atividade. O Direito admite a exploração da atividade econômica apenas e tão somente para realizar o interesse coletivo. Por isso, é plenamente admitido que as empresas estatais sejam economicamente deficitárias; O ‘lucro’

No âmbito do poder judiciário, há diversos julgados do STF¹⁸¹ sobre a matéria que reforçam o entendimento de que interesse público e econômico são naturalmente conflitantes no âmbito das empresas estatais.

O voto vencido proferido pelo Ministro Ayres Brito¹⁸², no Recurso Extraordinário 599.628-DF, em julgado proferido em 2011, exemplifica de forma clara a tendência à compreensão da dispensabilidade do lucro nas empresas estatais:

“Enquanto nas empresas privadas o lucro é o fim e o serviço prestado é o meio, a mercadoria vendida é o meio, a intermediação realizada é meio, a empresa desempenha essas atividades para obter lucro, no âmbito das empresas estatais prestadoras de serviço público o lucro é meio; obtém-se o lucro para prestar o serviço, e o serviço é tão importante que, mesmo que não haja lucro para prestar o serviço, ainda assim ele deve ser prestado. Quer dizer, é completamente diferente.” (RE599.628)

Não se vislumbra razoabilidade na compreensão de incompatibilidade entre lucro e a atividade desenvolvidas pelas estatais, como se a premissa fosse a de que tais empresas deveriam, como regra, serem financiadas com recursos orçamentários, comprometendo a execução de atividades essenciais à atuação estatal como saúde, educação e segurança pública. Não parece haver, por conseguinte, qualquer ilegalidade ou imoralidade, na possibilidade de o Estado ser autossustentável em segmentos específicos, como as empresas estatais, especialmente das sociedades de economia mista.¹⁸³

estatal consiste na realização do interesse público e não na obtenção de mais dinheiro”. (MARTINS, Ricardo Marcondes, pag. 279).

¹⁸¹ Cite-se como exemplo os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: A imunidade tributária recíproca pode ser estendida a empresas públicas ou sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de cunho essencial e exclusivo. Precedente: RE 253.472, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 1º.02.2011. 2. Acerca da natureza do serviço público de saneamento básico, trata-se de compreensão iterativa do Supremo Tribunal Federal ser interesse comum dos entes federativos, vocacionado à formação de monopólio natural, com altos custos operacionais. Precedente: ADI 1.842, de relatoria do ministro Luiz Fux e com acórdão redigido pelo Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 16.09.2013. 3. A empresa estatal presta serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto, de forma exclusiva, por meio de convênios municipais. Constata-se que a participação privada no quadro societário é irrisória e não há intuito lucrativo. Não há risco ao equilíbrio concorrencial ou à livre iniciativa, pois o tratamento de água e esgoto consiste em regime de monopólio natural e não se comprovou concorrência com outras sociedades empresárias no mercado relevante. Precedentes: ARE-AgR 763.000, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 30.09.2014 (CESAN); (...). 4. A cobrança de tarifa, isoladamente considerada, não possui aptidão para descaracterizar a regra imunizante prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição da República. Precedente: RE-AgR 482.814, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 14.12.2011. [ACO 2730 AgR, rel. min. Edson Fachin, P, j. 24-3-2017, DJE 66 de 3-4-2017.

Ilustrativamente, está Suprema Corte já foi instada a se manifestar sobre a proteção constitucional aplicada a:

(i) sociedade de economia mista singelamente “formal”, na medida em que desprovida de objetivo lucrativo (RE 580.264, rel. min. JOAQUIM BARBOSA, red. p/ acórdão: min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010).

¹⁸³ Geraldo Ataliba e J. A. Lima Gonçalves ao tratarem sobre o excedente contábil de empresas estatais, defenderam que “o critério superávit para avaliar o grau de sucesso do desempenho da atividade pública, que não a busca, não tem como parâmetro, que ele é (enquanto resultado) indiferente. Mais que isso; o superávit, na atividade pública, não pode ser finalidade (o Estado, se quiser receitas, é obrigado a recorrer aos tributos, como sublinhou Seabra Fagundes, in Revista de Direito Público, vol.98, p.174)”. (ATALIBA, Geraldo; GONÇALVES, J Artur Lima, p. 279)

Conforme já explicitado, a sustentação da existência de conflito entre interesses públicos e econômicos principalmente na gestão das sociedades de economia mista advém, em certa medida, do princípio defendido pelo direito administrativo tradicional de supremacia do interesse público, que acabou redundando na compreensão de que interesses públicos e privados se tratam de questões antagônicas e incompatíveis entre si.¹⁸⁴

A empresa estatal que possui resultados financeiros positivos encontra-se mais apta a desempenhar suas atividades e sua missão pública com mais eficiência, já que o lucro pode ser utilizado como reinvestimento na expansão e melhoria das atividades desempenhadas, inclusive os resultados positivos podem redundar em maior interesse de investidores e financiamentos privados, sem que o Estado precise comprometer seu orçamento. Nas sociedades de economia mista fica mais evidente como o lucro funciona como instrumento de captação de recursos para atendimento do interesse público.

A análise do “conflito” entre interesse público e interesse econômico e a existência de contribuições da Lei nº 13303/16 para o saneamento da questão controvertida, não considerará como premissa conceitual a ultrapassada dicotomia entre prestação de serviço público e exploração de atividade econômica, ou seja, independe da natureza da sociedade, se prestadora de serviços públicos ou com a exploração de atividade econômica concorrencial.

De toda forma, não se pode ignorar que o Estado ao optar por intervir na atividade econômica por meio de empresas estatais – entendida a expressão “atividade econômica” em sentido *lato*, compreendendo duas espécies: serviço público e atividade econômica¹⁸⁵, reconhece que, enquanto empresas, essas entidades inevitavelmente almejam o lucro (rendimento econômico) como resultado de sua atuação, mesmo que criadas para o atingimento de finalidade públicas.

A Constituição da República de 1988 admite que atuação do Estado na economia se dê por meio de empresas estatais, conclusão lógica seria a de que a atividade empresarial do Estado

¹⁸⁴ “Registra-se: não é admissível ao Poder Público perseguir o lucro, vantagem econômica como fim principal de sua atividade. O Direito admite a exploração da atividade econômica apenas e tão somente para realizar o interesse coletivo. Por isso, é plenamente admitido que as empresas estatais sejam economicamente deficitárias; O ‘lucro’ estatal consiste na realização do interesse público e não na obtenção de mais dinheiro”. (MARTINS, Ricardo Marcondes, pag. 279).

¹⁸⁵ Daí o pressuposto conceitual de Eros Grau, de que “[...] o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica. Estamos em condições, assim, de superar a ambiguidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota gênero, de outra as hipóteses nas quais ela conota espécie do gênero.” (GRAU, 2003, p.92)

Ainda, Eros Roberto Grau em sua obra “A Ordem Econômica na Constituição de 1988” explicita a dificuldade em realizar-se a segregação entre os conceitos, demonstrando inclusive, que descaberia essa separação, na medida em que são conceitos que se entrelaçam, estando a expressão serviço público subsumida à atividade econômica (GRAU, 2003, p.253)

não é incompatível com sua atuação enquanto Administração Pública, ou seja, a busca de lucro¹⁸⁶ não é contrária aos interesses estatais, podendo e devendo coexistir, de forma equilibrada.

Não se pode olvidar que o Estado ao optar por intervir na atividade econômica por meio de empresas estatais – entendida a expressão “atividade econômica” em sentido *lato*, compreendendo duas espécies: serviço público e atividade econômica¹⁸⁷, reconhece que, enquanto empresas, essas entidades inevitavelmente almejam o lucro (rendimento econômico positivo) como resultado de sua atuação, mesmo que criadas para o atingimento de finalidade públicas. Quando a Constituição da República de 1988 admite que atuação do Estado na economia se dê por meio de empresas estatais, conclusão lógica seria a de que a atividade empresarial do Estado não é incompatível com sua atuação enquanto Administração Pública, ou seja, a busca de lucro¹⁸⁸ não é contrária aos interesses estatais, podendo e devendo coexistir, de forma equilibrada.

Isso significa dizer que a defesa da supremacia do interesse público enquanto princípio constitucionalmente protegido precisa ser analisado, não sob uma compreensão de incidência ilimitada e apriorística, mas, sob pena de anulação dos interesses econômicos que integram a estrutura dessas sociedades. Contudo, não se pode ignorar sua supremacia no contexto de interesses públicos voltados ao atendimento da coletividade, sob a perspectiva de uma administração concertada em que o diálogo é requisito legitimador da atuação estatal.

Por isso, há necessidade de se definir o interesse público a ser protegido de acordo com o caso concreto e diante da relevância dos demais interesses envolvidos, sob pena de, em assim

¹⁸⁶ Neste trabalho, a palavra lucro deve ser interpretada na visão adotada por Jachinto Silveira Dias de Arruda Câmara: “A expressão lucro será aqui tomada como resultado positivo no balanço financeiro de entidade empresarial. Adotarei, portanto, uma noção ampla e comum da palavra, que busca simplesmente designar a sobra financeira obtida da comparação entre receitas e despesas da empresa num dado período. (...) Também será desconsiderada a mera variação terminológica que alguns propõem para designar o resultado econômico-financeiro positivo das empresas estatais. (CÂMARA, Jachinto Silveira Dias de Arruda, p. 2-3)

¹⁸⁷ Daí o pressuposto conceitual de Eros Grau, de que “[...] o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica. Estamos em condições, assim, de superar a ambiguidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota gênero, de outra as hipóteses nas quais ela conota espécie do gênero.” (GRAU, 2003, p.92)

Ainda, Eros Roberto Grau em sua obra “A Ordem Econômica na Constituição de 1988” explicita a dificuldade em realizar-se a segregação entre os conceitos, demonstrando inclusive, que descaberia essa separação, na medida em que são conceitos que se entrelaçam, estando a expressão serviço público subsumida à atividade econômica (GRAU, 2003, p.253)

¹⁸⁸ Neste trabalho, a palavra lucro deve ser interpretada na visão adotada por Jachinto Silveira Dias de Arruda Câmara: “A expressão lucro será aqui tomada como resultado positivo no balanço financeiro de entidade empresarial. Adotarei, portanto, uma noção ampla e comum da palavra, que busca simplesmente designar a sobra financeira obtida da comparação entre receitas e despesas da empresa num dado período. (...) Também será desconsiderada a mera variação terminológica que alguns propõem para designar o resultado econômico-financeiro positivo das empresas estatais. (CÂMARA, Jachinto Silveira Dias de Arruda, p. 2-3)

não fazendo, protegerem-se interesses ditos “públicos” que tenham na verdade conotação individual.

Não se nega a possibilidade da prevalência constante e sem exceções, do interesse público verificado no caso concreto, desde que coincidente com os interesses da coletividade e em conformidade com o objeto social da empresa e com sua finalidade pública enquanto empresa estatal.

Segundo a perspectiva defendida por Humberto Bergman Ávila¹⁸⁹, a supremacia do interesse público sobre o privado apenas poderia subsistir tendo por base uma medida de concretização. Esta, por sua vez, é definida “*a priori* e não *a posteriori*”, em favor do interesse público, possuindo abstrata prioridade e é principalmente independente dos interesses privados correlacionados.

Ainda, de forma precisa, Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Larissa Pinha de Oliveira¹⁹⁰ afirmam que não há supremacia *a priori* ou abstrata; o interesse público não predomina sobre todo o interesse privado em qualquer situação. O interesse público pode também estar na satisfação de determinados interesses privados, não diversos dos interesses do todo. Daí porque se revela artificial e despida de fundamento normativo, tanto o exagero, quanto a supremacia apriorística do interesse público, quanto a contraposição propositalmente acentuada entre interesse público e privado.

A compreensão da expressão interesse público entendido como conceito jurídico indeterminado, portanto, abstratamente considerado, acaba por propiciar sua incidência enquanto medida justificadora de interesses públicos diversos e dissonantes da finalidade pública prevista legalmente quando da autorização para a criação da empresa estatal. A depender da discricionariedade capaz de justificar a interferência do Estado nas empresas estatais, torna-se errônea e desvirtuada a definição do interesse público, uma vez que não encontra amparo nos direitos fundamentais e, portanto, afronta o Estado Democrático de Direito.

Portanto, Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Larissa Pinha de Oliveira¹⁹¹ consideram necessário o enfrentamento do conceito de interesse público, percebido classicamente e por

¹⁸⁹ÁVILA, Humberto Bergman. **Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular"**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁹⁰ OLIVEIRA Fábio Côrrea Souza; OLIVEIRA, Larissa Pinha de Oliveira. **Uma análise da tese desconstrutivista da supremacia do interesse público sobre o particular**. EM TEMPO - Marília - v. 13 – 2014. Disponível em < <http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/477/370>.> Acesso em: 27 abr. 2018.

¹⁹¹ OLIVEIRA Fábio Côrrea Souza; OLIVEIRA, Larissa Pinha de Oliveira. **Uma análise da tese desconstrutivista da supremacia do interesse público sobre o particular**. EM TEMPO - Marília - v. 13 – 2014. Disponível em < <http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/477/370>.> Acesso em: 27 abr. 2018.

excelência como conceito jurídico indeterminado. Caso se entenda o interesse público como concretamente assegurador dos direitos fundamentais, o interesse privado encampado, como deve ser, pelo interesse público, ou não haverá rigorosamente interesse privado (juridicamente protegido) ou, se existe, o interesse público vai mesmo predominar.

Nesse sentido, os supracitados autores, ao mencionar a obra do ministro do STF, Luiz Roberto Barroso, *Interesses públicos versus Interesses privados*, conclui que:

Entendendo o interesse público como a englobar o interesse privado, Luiz Roberto Barroso cogita de conflito entre dois interesses primários, um concernente a uma meta coletiva e outro traduzido como direito fundamental, sendo certo que o ministro do STF vem referenciar nomeadamente direitos individuais (cita liberdade de expressão e de propriedade). Assim, ao invés de colisão entre interesse público e interesse particular, estar-se-ia diante da antinomia entre dois interesses públicos. Significa dizer que, no melhor sentido, não haveria conflito entre interesse público e privado, sempre quando este último se revelar como interesse tutelado, isto é, o interesse privado estaria desde logo incorporado pelo interesse público.¹⁹²

Especificamente no que diz respeito às sociedades de economia mista, o interesse público é expressão que fundamenta a autorização de criação dessas entidades da Administração Pública Indireta. A regra do art. 37, XIX¹⁹³ da CRFB/88 estabelece que apenas por lei específica, poderá ser autorizada a criação de sociedades de economia mista e empresa pública. E, de forma cumulativa, tem-se o art. 173 da CRFB/88, autoriza a exploração econômica por essas entidades, desde que demonstrado relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional que fundamente a intervenção.

O que se está a defender é a necessária ponderação entre os interesses envolvidos nessas sociedades, para que, diante do fato concreto, se avalie se o interesse privado (econômico) configura-se como direito fundamental a ser contraposto ao interesse público, entendido também como direito constitucionalmente resguardado. O interesse público que justificar a atuação da empresa na obtenção de interesses da coletividade, portanto, sempre prevalecerá sobre os demais interesses, sem que isso necessariamente pressuponha sua anulação, por se tratarem igualmente de interesses ilegítimos. Apesar de, hipoteticamente, essa afirmação ser verdadeira, no caso de sociedades de economia mista, sua complexidade leva a um raciocínio mais minucioso.

¹⁹² OLIVEIRA Fábio Côrrea Souza; OLIVEIRA, Larissa Pinha de Oliveira. **Uma análise da tese desconstrutivista da supremacia do interesse público sobre o particular**. EM TEMPO - Marília - v. 13 – 2014. Disponível em < <http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/477/370>.> Acesso em: 27 abr. 2018.

¹⁹³ Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação (BRASIL, 2018)

Se, por exemplo, determinada sociedade de economia mista cujo objeto é o fornecimento de energia elétrica, e que deverá, em atendimento ao interesse público previsto em sua lei autorizadora, levar energia elétrica para regiões carentes e o acionista controlador estabelecer que todos os lares da região norte de Minas Gerais deverão receber, até o final de 2019, energia elétrica, deverão ser realizadas algumas ponderações.

A primeira é, se tal decisão repercutirá de forma negativa nos resultados da Companhia, dada a amplitude do projeto ou a falta de planejamento adequado e análise econômica financeira adequada para sua concretização. Ainda, se as receitas da companhia serão suficientes para fazer frente as despesas e, ainda, se para a execução do projeto considerou-se o interesse econômico envolvido, estabelecendo-se, por exemplo, um planejamento que demonstre que para o atendimento do interesse público, sem riscos à saúde financeira da empresa, deverão ser observados prazos mais elásticos para seu cumprimento ou ainda, retornos econômicos advindos de outros negócios da companhia que possam fazer frente a despesas que a priori não se traduzam em resultados econômicos positivos. Essas constatações reforçam a ideia da impossibilidade de se considerar o interesse público como ilimitado e incondicionado.

Conforme bem acentua Vitor Rhein Schirato¹⁹⁴, afirmar que o exercício do poder de controle pelo Estado nas empresas estatais e, portanto, o exercício do interesse público sendo ilimitado, implicaria aceitar, sob o pretexto da proteção e da tutela de interesse público genericamente considerado, que ao Estado é autorizado lesar interesses públicos dotados de inegável legitimidade, como os interesses coletivos daqueles que participam como investidores das empresas estatais.

Mais complexa ainda é a situação de empresas que desempenham atividades híbridas, onde se mostra ainda mais difícil a definição da natureza da atividades desempenhadas, já que não são claramente exploradoras de atividade econômica, nem prestadoras de serviço público, mas, entendidas como atividades que são meio para o desempenho de atividades de interesse público, a serem desempenhadas pela Administração Pública. Seria o caso, por exemplo, de empresas de tecnologia da informação que desempenham atividades que propiciam a consecução não imediata e finalística de funções públicas.

Nesses casos, em que empresas são constituídas para desempenharem atividades meio, a verificação do interesse público muitas vezes se mistura de forma menos evidente com interesses do Governo, não necessariamente atrelados a interesses da coletividade, mas sim

¹⁹⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p.152.

voltados ao funcionamento da “máquina estatal”. Nesse contexto, quais seriam os limites da ingerência do controle societário na realização de funções públicas por meio de sociedades de economia mista?

Na ânsia de melhor delimitar os limites da aplicação do interesse público e privado nessas sociedades, e demonstrar a finalidade da atuação dessas empresas na Administração Pública, a nova Lei das Estatais em seu art. 2¹⁹⁵ conjuga ambos os dispositivos constitucionais ao estabelecer que a exploração da atividade econômica pelo Estado, será exercida por meio de empresa pública, de Sociedades de Economia Mista e de suas subsidiárias, estabelecendo ainda em seu §1º a necessidade de que, junto à lei que autoriza sua criação, haja indicação *expressa* do relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional que justifique sua atuação junto ao mercado.

Certo é que, a rentabilidade a ser alcançada com a atividade empresarial pelo Estado é medida pertinente e aceitável independente do “aparente” regime jurídico da empresa. Os limites à sua incidência e sua convivência com o interesse público é que precisam ser melhor delineados.

Segundo Alexandre Santos de Aragão¹⁹⁶, quando o Estado opta por realizar objetivos públicos por meio de instrumento empresarial de direito privado e, no caso das sociedades de economia mista, em concurso com capitais privados, deve-se entender que a relação entre as duas lógicas (lucratividade e objetivos públicos), não pode ser de prevalência absoluta de uma sobre a outra, mas de equilíbrio. Pode a empresa estatal atuar com o menor lucro institucional ou com resultados que apenas cubram os custos de sua atividade, sem necessariamente obter-se resultados positivos.

Deve haver, por conseguinte, moderação entre a lógica econômica natural à estatal e os interesses a ela ligados. Contudo, não seria coerente a defesa desmedida de que o lucro não é bem vindo em empresas estatais, pelo simples motivo de que se assim fosse a CRFB/88 não teria previsto expressamente a intervenção do Estado na atividade econômica por meio de empresas estatais, principalmente sociedades de economia mista, em que na sua constituição há participação de capital privado, onde os lucros são a finalidade precípua de sua atuação. Se assim não se considerar, o modelo empresarial criado pelo Estado para o atingimento de

¹⁹⁵Art. 2º: A exploração da atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

§1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.

¹⁹⁶ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. São Paulo: Forense, 2017. p. 138.

finalidades públicas estaria, no mínimo, comprometido em sua escolha enquanto mecanismo de descentralização, criando-se uma figura que mais se assemelharia a uma autarquia ou fundação, entidades nas quais o lucro não integra sua essência.

Evidente também que a defesa de retorno financeiro atrelado às atividades dissociadas do objeto social estabelecido na lei que autorizou a constituição dessas empresas, seria motivo de inconstitucionalidade flagrante na medida em que, o fundamento de relevante interesse coletivo deve servir de limitação à atuação dessas sociedades empresárias no cenário econômico nacional e, por conseguinte, como direcionador do interesse público atrelado à atuação dessas sociedades.

Se a constituição de uma empresa estatal não redundar em rentabilidade que se reverta no atingimento da finalidade pública, o modelo empresarial escolhido pelo Estado se mostra equivocado. A relação dita conflituosa entre interesse público versus interesse econômico, conforme já afirmado, fica mais evidente nas sociedades de economia mista, onde a realização de política pública muitas vezes mostra-se antagônica a obtenção de lucro, objetivo também importante para sua manutenção enquanto entidade da Administração Pública Indireta.

Não por acaso que Flávio Rosendo dos Santos¹⁹⁷ afirma que é por meio do lucro que o Poder Público e seus eventuais parceiros privados obterão o retorno do capital investido, contribuindo, no caso das empresas estatais, para o atingimento de suas finalidades públicas, cujo equilíbrio ficaria ameaçado por sucessivos resultados deficitários, causando prejuízos ao erário o que, por conseguinte, dificulta novos investimentos e contribui para a má qualidade dos serviços públicos prestados por elas.

E ainda complementam:

Todavia, isso não significa que as empresas estatais devem obedecer à lógica vigente nos empreendimentos privados. Apesar de desejável, o lucro não é o objetivo que anima os empreendimentos estatais. As empresas estatais, como entes integrantes da Administração Pública, existem para atender a interesses públicos. Não pode o Estado instituir ou adquirir empresas apenas como forma de investimento, pois a ele cabe promover o interesse público, o qual será contemplado, primeiramente, pelo próprio exercício da atividade objeto do empreendimento público, bem como pela participação que as empresas estatais podem ter na implementação de políticas públicas.¹⁹⁸

¹⁹⁷ SANTOS, Flávio Rosendo dos. A influência política na gestão das empresas estatais à luz do direito fundamental à boa administração e da governança corporativa e pública. 2015. Disponível em: <http://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/1592/1/CT_PPGPGP_M_Santos%2C%20Flavio%20Rosendo_2015.pdf>. Acesso em: 1 de dez. 2018.

¹⁹⁸ SANTOS, Flávio Rosendo dos. A influência política na gestão das empresas estatais à luz do direito fundamental à boa administração e da governança corporativa e pública. 2015. Disponível em: <http://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/1592/1/CT_PPGPGP_M_Santos%2C%20Flavio%20Rosendo_2015.pdf>. Acesso em: 1 de dez. 2018.

A discussão acerca do paradigma da existência de “conflito” entre o interesse econômico e o interesse público especialmente das sociedades de economia mista deve ser revisto. A “coexistência” entre interesse público e econômico é intrínseco à natureza dessas sociedades e que, por isso, não deveriam ser vistos como contrapostos, já que integrantes de sua essência.

Não se pode ignorar, contudo, que a defesa da supremacia do interesse público enquanto princípio constitucionalmente protegido precisa ser analisado não sob uma compreensão de incidência ilimitada e apriorística, mas sim tendo como restrição à sua incidência respaldada em direitos fundamentais e pautada em uma administração dialógica.

Assim, ao contrário do que se imagina a análise da incidência do interesse público objetivado deve ser avaliada sob o enfoque do sopesamento entre direitos fundamentais ou ainda, verificada a restrição a direitos fundamentais deve estar pautada em outros interesses constitucionais relevantes, como o interesse coletividade, a ser identificado no caso concreto, conforme recomenda Fabrício Motta¹⁹⁹, em seu artigo “A gestão dos conflitos de interesses como política pública”, que o interesse público concreto é o resultado da interação entre autoridades públicas e cidadãos e, no caso das sociedades de economia mista encontra-se representado pelos acionistas minoritários, detentores de interesses individuais constitucionalmente resguardados.

Há entendimento diverso, defendido por Humberto Bergman Ávila²⁰⁰, de que a supremacia do interesse público sobre o privado apenas poderia subsistir tendo por base uma medida de concretização, a primazia estabelecida “*a priori e não ex post*”, em favor do interesse público, que possui abstrata prioridade e é principalmente independente dos interesses privados correlacionados.

Ainda, de forma precisa e aderente ao entendimento ao qual este trabalho se filia, explicitado por Humberto Bergman Ávila²⁰¹, não há supremacia *a priori* ou abstrata; o interesse público não predomina sobre todo o interesse privado em qualquer situação. O interesse público pode também estar na satisfação de determinados interesses privados, não

¹⁹⁹ MOTTA, Fabrício. A gestão de conflitos de interesses como política pública. In: A Prevenção da Corrupção e outros desafios à boa governança da Administração Pública. GOMES, Carla Amado, NEVES; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord). Ed. Instituto, de Ciências Jurídico- Políticas – CIP e Centro de Investigação de Direito Público – CIDP, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, março 2018.

²⁰⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²⁰¹ ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

diversos dos interesses do todo. Daí porque se revela artificial e despida de fundamento normativo tanto o exagero quanto a supremacia apriorística do interesse público quanto a contraposição propositalmente acentuada entre interesse público e privado.

A compreensão da expressão interesse público entendido como conceito jurídico indeterminado, portanto, abstratamente considerado, acaba por propiciar sua incidência enquanto medida justificadora de interesses ditos públicos diversos e dissonantes da finalidade pública prevista legalmente quando da autorização para a criação da empresa estatal. A depender da discricionariedade capaz de justificar a interferência do Estado nas empresas estatais, torna-se errônea e desvirtuada a definição do interesse público, uma vez que não encontra amparo nos direitos fundamentais e, portanto, afronta o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Larissa Pinha de Oliveira²⁰² ao mencionar a obra do ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso, *Interesses Públicos versus Interesses Privados*, assevera:

Entendendo o interesse público como a englobar o interesse privado, Luiz Roberto Barroso cogita de conflito entre dois interesses primários, um concernente a uma meta coletiva e outro traduzido como direito fundamental, sendo certo que o ministro do STF vem referenciar nomeadamente direitos individuais (cita liberdade de expressão e de propriedade). Assim, ao invés de colisão entre interesse público e interesse particular, estar-se-ia diante da antinomia entre dois interesses públicos. Significa dizer que, no melhor sentido, não haveria conflito entre interesse público e privado, sempre quando este último se revelar como interesse tutelado, isto é, o interesse privado estaria desde logo incorporado pelo interesse público.

A existência do princípio da supremacia do interesse público traduz a ideia discutida no Direito Administrativo correlacionando as condutas dos agentes que envolvem o conflito de interesses, defendendo majoritariamente que se deve prevalecer o interesse público, ou seja, aquele que acende um número maior de pessoas. A referida ideia foi defendida sob uma visão crítica de que, apesar da existência do princípio da supremacia do interesse público, a sua aplicação deve ser conduzida de forma limitada pois que os direitos individuais também merecem ser observados, avaliando-se no caso concreto se a discussão envolve interesses públicos.

Compreende-se, dessa maneira, que o interesse público, legitimamente considerado, ocupa posição especial de maior importância e, em decorrência disso, é que a Administração Pública é posta em nível de superioridade quando comparada aos particulares, especialmente,

²⁰² OLIVEIRA Fábio Córrea Souza; OLIVEIRA, Larissa Pinha de Oliveira. Uma análise da tese desconstrutivista da supremacia do interesse público sobre o particular. EM TEMPO - Marília - v. 13 – 2014. Disponível em < <http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/477/370>.> Acesso em: 27 abr. 2018.

nos direcionamentos de verticalidade de modo que se possa alcançar a eficácia e a realização dos interesses da coletividade.

3.5 Relevante Interesse coletivo como premissa para atuação das sociedades de economia mista

Conforme já explicitado neste estudo, toda atividade estatal na economia por meio de empresas integrantes de sua Administração Indireta, deve estar voltada à consecução do interesse público. Tanto é assim que a participação, do Estado na exploração da atividade econômica, esfera eminentemente atrelada à iniciativa privada, como regra, não é permitida, haja vista o já citado art. 173 da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Contudo, ainda que a finalidade precípua seja o alcance do interesse público, quando o poder público decide intervir na economia em regime concorrencial com os particulares, em observância ao fundamento da livre iniciativa previsto em seu art. 1º, IV da CRFB/88 (BRASIL, 1988) e da ordem econômica (art. 170, parágrafo único), a sua exploração direta na economia deve acontecer quando estiver alicerçada na ocorrência de relevante interesse coletivo²⁰³ que a motive, conforme disposto no art. 173 da CRFB/1988 (BRASIL, 1988).

Segundo Alexandre Santos de Aragão²⁰⁴ não é a atividade econômica em si que precisa ser de “relevante interesse coletivo”, mas sim a atuação do Estado nela. Significa dizer que é necessário que o Estado atue nas companhias de forma a realizar atividades econômicas voltadas ao seu objeto social que deve ser de interesse coletivo a ponto de fundamentar a exploração econômica.

A definição do interesse coletivo constitucional é, sem dúvida, uma das chaves para a compreensão dos interesses que circundam uma sociedade de economia mista, já que se constitui como fundamento constitucional limitador da intervenção estatal na economia. Contudo, Evandro Fernandes Pontes²⁰⁵ explica que, apesar de suficientemente clara e contundente, a limitação no texto constitucional, é tarefa árdua a conceituação da “expressão

²⁰³ Considera-se a segurança nacional como conceito inserido na compreensão de “relevante interesse coletivo”, já que segundo Alexandre Santos Aragão, a menção à segurança nacional seria desnecessária, por obviamente já ser um “relevante interesse coletivo”. (ARAGÃO, 2017, p. 94-95)

²⁰⁴ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. São Paulo: Forense, 2017. p. 138.

²⁰⁵PONTES, Evandro Fernandes. Os interesses jurídicos nas sociedades de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de, FRAZÃO; Ana; MESQUITA, Daniel Augusto. (Coord.) Estatuto Jurídico das Estatais - Análise da Lei 13.303/2016.

constitucional “relevante interesse coletivo”, e talvez, por isso, pouco explorada em seu importante papel limitador.

Por vezes interesse público e interesse coletivo são interpretados como sinônimos, o que de fato é equivocado. O interesse coletivo é aquele que pertence a um grupo, a uma classe de pessoas. Segundo Celso Ribeiro Bastos²⁰⁶ os interesses coletivos se referem ao homem socialmente vinculado e não àquele isoladamente considerado. O homem não é considerado como pessoa física individualmente, mas sim, como membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, como, por exemplo, o associado de um sindicato, o membro de sua família, o profissional vinculado a uma corporação, o acionista de uma grande sociedade anônima, o condômino de um edifício de apartamentos.

No contexto do art. 173 da CRFB/88 (BRASIL, 1988), o relevante interesse coletivo, na lição de Evandro Fernandes²⁰⁷ é o único meio que autoriza o Estado a intervir na economia como forma de garantir o interesse de um grupo específico que não está sendo atendido pela iniciativa privada.

Importante que se explicita que o relevante interesse coletivo é entendido como instrumento que limita e legitima a atuação da empresa estatal, mas, que não deve ser interpretado como sinônimo de interesse público, sendo, na verdade, instrumento para sua concretização. Isto, na medida em que, por meio de sua atuação voltada a determinado objeto que justifica a criação da estatal, obtêm-se resultados que se traduzem em interesse públicos aplicáveis a uma coletividade indeterminada, ou seja, é como se interesse coletivo fosse meio e interesse público o fim.

Assim, o relevante interesse coletivo é fundamento que justifica a constituição da sociedade de economia mista, por exemplo, empresa estatal constituída para prestar serviço de saneamento básico em todas as regiões de Minas Gerais. O relevante interesse coletivo é a prestação de saneamento básico nas diferentes regiões do Estado, e o interesse público, consequência a ser obtida com o interesse coletivo, seria a garantia de redução das desigualdades regionais por meio de saneamento básico prestado com a mesma qualidade e excelência.

²⁰⁶PONTES, Evandro Fernandes. Os interesses jurídicos nas sociedades de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de, FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto. (Coord.) Estatuto Jurídico das Estatais - Análise da Lei 13.303/2016.

²⁰⁷BASTOS, Celso Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. Revista do serviço público. Belo Horizonte, v.39, n.2, 1982.

Disponível em < <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2252/1173>>. Acesso em: 2 de dez. 2018.

Portanto, a sociedades de economia mista deve ter interesse coletivo (imediate) bem delimitado, de forma que seja possível mensurá-lo objetivamente, visando atendimento a um interesse público (remoto), destinatário final da atividade desenvolvida pela sociedade.

Evandro Fernandes Pontes²⁰⁸ descreve que, caso não haja mais interesse coletivo que justifique a manutenção da sociedade de economia mista, como por exemplo, em razão do desaparecimento da desigualdade regional que se buscava estancar ou em decorrência da atividade desenvolvida, sendo que a empresa possuir concorrentes no mercado que ofereçam melhores condições de prestação do serviço à mesma coletividade interessada, configura um cenário em que as sociedades de economia mista perderiam a razão de existir.

A disputa de mercado por sociedades de economia mista, mesmo que realizada em conformidade com os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, possui limitações outras, aqui já explicitadas que, se não observadas, tornam seu exercício inconstitucional. Por isso, atividades que não se confirmem em interesses públicos, transformam tacitamente a empresa em privada.

Importante salientar que, sociedades de economia mista, principalmente aquelas que executam atividades híbridas — cuja conceituação prévia como serviço público ou atividade econômica é difícil — como forma de buscar ampliar suas fontes de receita, especialmente aquelas empresas criadas para atender interesses coletivos específicos do Ente Federativo, para ampliar seu público alvo direto, adentram na atividade concorrencial em atividades ligadas ao seu objeto social, mas, que não redundam em necessário interesse público que justifique sua intervenção.

Ao contrário, passam a atuar em mercado eminentemente privado, com interesses que circundam interesses individualmente considerados, no intuito flagrante de aumentar suas receitas, porém, não resultam em atendimento a um interesse público que as justificaria enquanto entidades da Administração Pública Indireta.

Trata-se de questão complexa, contudo, pouco ou nada enfrentada na prática, seja pela ausência de interesse de aplicação pela Administração Pública, seja pela limitação constitucional à atuação dessas sociedades, trazida pelo art. 173 da CRFB/88 (BRASIL, 1988), ou ainda, pela subjetividade que permeia o desempenho de suas atividades o que torna seu enfrentamento uma tarefa por vezes conflituosa e, portanto, não enfrentada.

²⁰⁸ PONTES, Evandro Fernandes. Os interesses jurídicos nas sociedades de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de, FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto. (Coord.) Estatuto Jurídico das Estatais - Análise da Lei 13.303/2016.

Contudo, tal questão é de extrema importância para a discussão sobre o papel das sociedades de economia mista e seu dito “conflito” entre interesse público e interesse econômico. Quando se discute o suposto “conflito” entre os interesses econômico e público na atuação dessas companhias, a premissa para a adequada delimitação da amplitude desses interesses na sociedades de economia mista é a análise da expressão relevante interesse coletivo, fundamento constitucional para sua criação e a finalidade pública com ele obtido, para a partir daí ser possível equacionar os interesses nela dispostos.

Por isso, a Lei nº 13.303/16 (BRASIL, 2016) ao regulamentar o § 1º do art. 173 da CRFB/88 (BRASIL, 1988) confere oportunidade ao legislador que, por meio de um estatuto jurídico aplicável a todas as empresas estatais, os limites e objetivos a serem alcançados na atuação dessas sociedades fiquem mais evidentes, inclusive com a maior objetividade da expressão na Lei.

Importante destacar que a objetivação da finalidade pública conferida pela Lei a ser alcançada com a execução das atividades de relevante interesse coletivo previstas pela lei que autoriza a criação das sociedades de economia mista, acaba por favorecer a compreensão de que se tratam de conceitos que se entrelaçam e são interdependentes.

A nova Lei das Estatais em seu art. 2º²⁰⁹, reforça a importância do interesse coletivo previstos no art. 173 da CRFB ao estabelecer que a exploração da atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de Sociedades de Economia Mista e de suas subsidiárias.

Estabelece ainda, em seu §1º a necessidade de que, junto à lei que autoriza sua criação, haja indicação *expressa* do relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional que justifique sua atuação junto ao mercado, deixando claro que há limitações que precisam ser observadas pelas empresas estatais, especialmente as sociedades de economia mista, em sua atuação.

Considerando os eixos teóricos e doutrinários expostos sobre a objetivação da finalidade pública e o entendimento dos conceitos trazidos pela Lei das Estatais no que concerne a importância do interesse coletivo e a exploração da atividade econômica pelo Estado o capítulo seguinte aborda os instrumentos jurídicos que parametrizam de governança corporativa

²⁰⁹ BRASIL. Lei das Estatais. Art. 2º: A exploração da atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

§1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.

com mecanismos de controle da atividade empresarial, transparência na gestão e novos regramentos de licitação e contratos.

4. MECANISMOS DA LEI Nº 13.303/16 E IMPLEMENTAÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS E ECONÔMICOS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Jessé Torres Pereira Junior, Juliano Heiner, Marinês Restellato Dotti e Rafael Maffini²¹⁰ relatam que a Lei nº 13.303/16 trouxe um manancial de ferramentas jurídicas visando fixar parâmetros de governança corporativa com mecanismos de controle da atividade empresarial, transparência na gestão e novos regramentos de licitação e contratos.

Necessário, para além da finalidade imediata de conferir às sociedades de economia mista, uma gestão mais eficiente e profissionalizada, avaliar em que medida essas ferramentas, criadas pela Lei nº 13.303/16 traz significativa contribuição para a proteção do interesse público, aproximando-as do cumprimento de seu objetivo finalístico, mas, que ao mesmo tempo, reforçam sua autonomia enquanto empresas, equilibrando os interesses públicos e econômicos.

Importante, portanto, que seja avaliado se as medidas apresentadas pela Lei reforçam apenas a obtenção de resultados econômico-financeiros que garantam sua sustentabilidade, sem, no entanto, haver correspondente fortalecimento de medidas aptas à verificação do atendimento ao interesse público, finalidade última da criação e manutenção dessas entidades como integrantes da Administração Indireta.

4.1 Governança corporativa

Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC211, a governança corporativa pode ser definida como:

(...) sistema que assegura aos sócios proprietários o governo estratégico da empresa e a efetiva monitoração da diretoria executiva. A relação entre propriedade e gestão se dá por meio do conselho de administração, da auditoria independente e do conselho fiscal, instrumentos fundamentais para o exercício do controle. A boa governança assegura aos sócios equidade, transparência, responsabilidade pelos resultados (accountability) e obediência às leis do país (compliance).

²¹⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et. al. Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei 13.303/16. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.39

²¹¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC. Código das melhores práticas de governança corporativa. 3.ª revisão, 2004. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/governanca/governanca-corporativa>>. Acesso em: 02 de jan.2019.

Segundo Walfrido Warde Júnior²¹², a governança corporativa tem origem no governo Roosevelt, por meio de um modelo de ampla discricionariedade criado para os administradores (*managerialist model*), por meio do qual se transferia muitos poderes do controlador para o administrador. Não por acaso, esse modelo tenha sido o responsável pelo aparecimento da moderna companhia sem controlador e de um ambiente de ampliação da dispersão acionária nos Estados Unidos.

O termo governança se difundiu por diversas disciplinas, que de acordo com Rubens Augusto de Miranda e Hudson Fernandes Amaral²¹³ pode ser considerado, inclusive, o conceito multidisciplinar, daí a dificuldade de sua definição exata, que mesmo com sua popularização não foi acompanhada por uma maior clareza de significado. Ainda que seja um conceito com múltiplas interpretações, observa-se o predomínio de abordagens cuja proposta é discutir e propor políticas para a gestão de conflitos entre administradores e acionistas (proprietários).

Na visão de Cristiana Fortini e Ariane Sherman²¹⁴, a governança corporativa é empregada para superar o denominado “problema de agência”, entendido como o conflito existente entre os interesses dos acionistas e administradores ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, a depender do grau de pulverização da propriedade da companhia. Envolve ainda, a relação da empresa com terceiros interessados (*stakeholders*²¹⁵), fornecedores, consumidores, contratantes de modo geral, entre outros.

Definição mais completa de governança corporativa foi apresentada por Paulo Osternack Amaral²¹⁶, segundo o qual a governança consistiria em políticas e práticas voltadas a propiciar:

(...) maior transparência, “estabelecer mecanismos de controle, estimular e garantir a atuação ética dos envolvidos, minimizar potenciais conflitos, agir em conformidade com as regras (internas e externas), enfim aumentar a confiabilidade da companhia no

²¹² WARDE JUNIOR, Walfrido. Falta legitimidade à reforma política – DCI - Warde Advogados. 2018. Disponível em: <warde.com.br/falta-legitimidade-reforma-politica-dci/>. Acesso em: 13 de dez. 2018. p. 101.

²¹³ MIRANDA, Rubens Augusto de; AMARAL, Hudson Fernandes. Governança corporativa e gestão social responsável em empresas estatais. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v.45, p. 1069 -1094, jul/ago. 2011. p. 1071.

²¹⁴ FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança Corporativa e medidas preventivas contra a corrupção na Administração Pública: um enfoque à luz da Lei 13.303/2016. Revista de Direito da Administração Pública, Universidade Federal Fluminense, jan./jun. 2016, p. 179

²¹⁵ Stakeholder segundo FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane (Idem), é um termo da língua inglesa que tem como significado "grupo de interesse", pois são pessoas que possuem algum tipo de interesse nos processos e resultados da empresa. Um dos criadores deste termo foi o filósofo Robert Edward Freeman que o definia como os grupos que podiam afetar ou serem afetados pelos objetivos da organização. Estes interesses podem ser, além dos processos e resultados, mas também no planejamento dos projetos ou dos negócios, de modo positivo ou negativo.

²¹⁶ AMARAL, Paulo Osternack. Lei das Estatais: Espectro de Incidência e Regras de Governança. “In: Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016. (Org. Marçal Justen Filho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

mercado, mediante a valorização da empresa e a proteção das partes interessadas (stakeholders), dos investidores, dos empregados, do mercado e dos credores.”

De acordo com Walfrido Jorge Warde Júnior²¹⁷, a tarefa da governança corporativa é distribuir o poder no âmbito de uma organização empresarial, para que prevaleçam interesses homogêneos de todos os sócios.

Contudo, entre as empresas estatais, a preponderância do interesse público é um imperativo legal e em hipótese alguma as boas condutas de governança corporativa, cuja finalidade é compatibilização do poder no âmbito da empresa para fins de apropriação do lucro poderia suplantar tal interesse.

Portanto, aplicado às empresas estatais, o conceito de governança estabelecido pelo IBGC, torna-se ainda mais complexo, já que devem ser considerados além dos interesses dos acionistas — que podem variar entre o alcance do interesse público (interesse do acionista majoritário) e interesse privado/lucro (interesse acionista minoritário) —, Cristiana Fortini e Ariane Sherman²¹⁸ destacam que o interesse dos inúmeros stakeholders, pulverizados na coletividade.

Por isso a governança para empresas estatais mostra-se um desafio ainda maior, na medida em que, além de otimização do desempenho da empresa e proteção do interesse das partes interessadas para o alcance de melhores resultados econômicos, deverá objetivar em sua atuação. A aderência do interesse coletivo previsto em seu objeto social e sua relação com os resultados voltados ao interesse público obtidos com seu desempenho.

Nessas empresas, a governança corporativa, além da importante atribuição de melhor alocar os poderes visando a maximização de resultados econômicos positivos, em função da mais evidente ausência de homogeneidade de interesses entre os acionistas, pois que o acionista majoritário almeja prioritariamente a concretização de políticas públicas e os demais acionistas objetivam o lucro, enseja que a atuação da governança deve fortalecer estruturas internas de comando e contribuir para a adequada delimitação da atuação do acionista controlador e administradores da companhia.

Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Pública- IBGP, a governança corporativa de instituições pública é de difícil conceituação, dada a ausência de definições, sendo tal lacuna

²¹⁷ WARDE JUNIOR, Walfrido. Falta legitimidade à reforma política – DCI - Warde Advogados. 2018.

Disponível em: <warde.com.br/falta-legitimidade-reforma-politica-dci/>. Acesso em: 13 de dez. 2018. p. 101.

²¹⁸ FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança Corporativa e medidas preventivas contra a corrupção na Administração Pública: um enfoque à luz da Lei 13.303/2016. Revista de Direito da Administração Pública, Universidade Federal Fluminense, jan./jun. 2016, p. 179)

corroborada por Pat Barrett²¹⁹, segundo a qual não haveria diferença nos princípios que tratam da boa Governança Corporativa em organizações públicas ou privadas. A boa governança, segundo o autor, requer definições claras de responsabilidade e entendimento amplo da relação entre os acionistas da organização e os encarregados de gerenciar seus recursos e entregar resultados.

E o citado Instituto, no intuito de buscar estabelecer diferenças para a atuação da governança em ambientes públicos e privados, esclarece:

Em outro estudo, mais recente, Barrett, 2001 (p.12) afirma que, apesar de haver similaridades, é importante reconhecer as diferenças básicas entre estruturas administrativas das entidades do setor público e do privado, bem como entre seus *frameworks* de responsabilização *accountability* (*). O ambiente político, com foco em verificações, contabilidade e sistema de valores que enfatizam questões éticas e códigos de conduta, implica num *framework* de Governança Corporativa completamente diferente daquele orientado a negócios, típico do setor privado.

Essas diferenças resultam da influência determinante do ambiente institucional onde as organizações públicas estão inseridas. Se, por um lado, as Teorias Organizacionais baseadas no controle da relação principal-agente são insuficientes para definir a Governança Corporativa em organizações do setor público, por outro lado, a Teoria Institucional, ao justificar a incorporação de elementos institucionalizados do ambiente organizacional como salvaguarda para as decisões dos gestores, peca por não abordar a distribuição de poder e o gerenciamento dos conflitos entre os atores que atuam na governança nas entidades do setor público.

O elemento central da governança corporativa privada é o lucro, bem comum para a sociedade, seus sócios e administradores, sem distinção. Walfrido Warde Júnior²²⁰ assevera que, por esta razão, não parece razoável que se “importe” o conceito de governança da iniciativa privada como se fosse possível moldá-la integralmente ao modelo de governança das empresas estatais.

Isso porque, ainda segundo Walfrido Warde Júnior²²¹, o lucro não une todos os sócios de uma sociedade de economia mista, já que não é o objetivo do Estado-acionista das sociedades de economia mista, mas sim, a consecução de políticas públicas e interesses públicos que fundamentam a atuação do Estado no mercado concorrencial.

A Lei das Sociedades Anônimas já instituíra o regime de governança para as sociedades de economia mista já que, como sociedades anônimas, se submetem à Lei e, portanto, as suas estruturas de organização societária.

²¹⁹ BARRETT, Pat. Achieving better practice corporate governance in the public sector. Australian National Audit Office, Canberra, jun. 2002. Disponível em: <www.anao.gov.au>. Acesso em: 4 set. 2018.

²²⁰ WARDE JUNIOR, Walfrido. Falta legitimidade à reforma política – DCI - Warde Advogados. 2018. Disponível em: <warde.com.br/falta-legitimidade-reforma-politica-dci/>. Acesso em: 13 de dez. 2018. p. 102.

²²¹ WARDE JUNIOR, Walfrido. Falta legitimidade à reforma política – DCI - Warde Advogados. 2018. Disponível em: <warde.com.br/falta-legitimidade-reforma-politica-dci/>. Acesso em: 13 de dez. 2018. p. 105.

Contudo, Ana Frazão²²² explica que, nessas sociedades, dada à falta de interesse político e, por conseguinte, ausência de controles efetivos para a verificação da aderência de seu interesse coletivo e a consecução de seu interesse público, tornou-se cada vez maior a ingerência do acionista controlador nessas sociedades, gerando aparente antagonismo entre o interesse público e a atividade lucrativa, levando a ideia da governança ao esquecimento.

Certo é que, não se pode aplicar integralmente o arcabouço da governança privada à governança pública. Há diferenças estruturais no conceito de governança corporativa pública uma vez que especialmente os controles e responsabilidades do administrador público e os objetivos finalísticos da atuação da empresa que devem ser observados pela gestão, diferem do setor privado, em que a governança se volta, principalmente, para a administração de negócios e seus resultados econômicos.

A maior dificuldade na aplicação da governança corporativa pública, na visão de Vitor Costa Pinto²²³, está, portanto, na conciliação da finalidade pública com a lógica empresarial, o que se agrava ainda mais com a indefinição de finalidades das empresas estatais e a ausência de transparência nos objetivos do Estado para com elas, o que torna ainda mais complexa a tarefa de tornar efetiva a governança nessas empresas.

Assim, a governança corporativa no setor público estaria mais atrelada ao propósito maior da adoção das boas práticas voltadas, não à uma perspectiva negocial, mas sim, sob controle de resultados e aferição de compromissos assumidos pelas empresas na consecução de objetivos de políticas públicas, atreladas necessariamente a resultados econômicos positivos, que justifiquem a manutenção dessas sociedades no cenário nacional.

Joaquim Rubens Fontes Filho e Carlos Francisco Alves²²⁴ ao tratar da governança no setor público explicita que as questões de governança, no âmbito da administração pública, têm estado associadas principalmente à gestão das políticas governamentais ao exercício de poder e o controle na sua aplicação. Seu significado, contudo, vem ultrapassando a dimensão operacional para incorporar aspectos da articulação dos mais diversos atores sociais e arranjos institucionais. Nesse sentido, os instrumentos à disposição das organizações privadas são limitados, quando não inaplicáveis.

²²²FRAZÃO, Ana. Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista. In: Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Augusto Neves Dal Pozzo, Ricardo Marcondes Martins (Coord.) São Paulo, de Contracorrente, 2018. p.127

²²³ COSTA PINTO, Vitor Mendes. Revista de Direito Mercantil 166/167, Editora Malheiros, p.207, 2018.

²²⁴ FONTES FILHO, Joaquim Rubens; ALVES, Carlos Francisco. Mecanismos de controle na governança corporativa das empresas estatais: uma comparação Brasil e Portugal. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/72454>>. Acesso em: 13 de dez. 2018. p.21

Os autores supracitados afirmam:

Em síntese, a dificuldade na avaliação dos resultados e a mensuração dos esforços necessários para atingi-los são as principais limitações ao estabelecimento de sistemas de controle externo à governança em organizações públicas ou sem fins lucrativos. Para os sistemas de controle interno, embora o baixo grau de independência dos conselheiros possa dificultar a efetividade da governança, o maior problema reside na capacidade de estabelecimento de objetivos claros pelo proprietário. São essas, justamente, as maiores restrições à aplicação das soluções dos problemas de agência.
225

Em decorrência de resultados econômicos duvidosos e escândalos de corrupção, deixarem exposta a fragilidade dessas organizações e de suas gestões tem-se um reforço da ideia da governança corporativa aplicada às empresas estatais, com a publicação da Lei nº 13.303/16.

Do ponto vista estrutural a governança corporativa ganha fôlego e relevância, ou seja, em termos de organização societária, a Lei apresenta um reforço importante aos órgãos societários, com destaque para o conselho de administração, diretoria e a criação de um comitê de auditoria estatutário²²⁶, ligado ao conselho de administração.

Ao contrário, Walfrido Jorge Warde Júnior²²⁷ afirma que a Lei nº 13.303/16 apresenta, de forma tímida, referências expressas às boas práticas de governança corporativa. Todos os artigos²²⁸ que se referem, expressamente, à governança corporativa ou simplesmente à expressão governança, são genéricos e remetem ao conceito já disseminado no mercado aplicado às empresas privadas, voltado à acomodação dos diferentes interesses existentes das sociedades empresárias, que se unem em prol do objetivo comum de lucro. O legislador teria assim se omitido na previsão de uma governança em articulação com o direito público, motivo da existência das sociedades de economia mista.

Não obstante a pertinente visão do citado autor, não se pode, no entanto, ignorar que a Lei nº 13.303/16 apresenta avanços significativos acerca do cuidado com o interesse público na

²²⁵ FONTES FILHO, Joaquim Rubens; ALVES, Carlos Francisco. Mecanismos de controle na governança corporativa das empresas estatais: uma comparação Brasil e Portugal. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/72454>>. Acesso em: 13 de dez. 2018. p.23

²²⁶ Lei nº 13.303/16 em seu art. 10 prevê:

Art. 10. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão criar comitê estatutário para verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal, com competência para auxiliar o acionista controlador na indicação desses membros. Parágrafo único. Devem ser divulgadas as atas das reuniões do comitê estatutário referido no caput realizadas com o fim de verificar o cumprimento, pelos membros indicados, dos requisitos definidos na política de indicação, devendo ser registradas as eventuais manifestações divergentes de conselheiros.

²²⁷ WARDE JUNIOR, Walfrido. Falta legitimidade à reforma política – DCI - Warde Advogados. 2018.

Disponível em: <warde.com.br/falta-legitimidade-reforma-politica-dci/>. Acesso em: 13 de dez. 2018. p. 104.

²²⁸ A governança encontra-se mencionada na Lei nº 13.303/16 nos artigos 1º, parágrafos 1, 3º, 4º e 7º; art. 6º, inciso III, art. 9º, parágrafo 3º, inciso II e art. 12, inciso II e art. 18, inciso I, sempre de forma genérica e sem fazer menção a verificação do atendimento do interesse público.

atuação das sociedades de economia mista. Já em seu art. 1º, § 3º, a Lei previu que os Poderes Executivos poderão editar atos que estabeleçam regras de governança destinadas as suas respectivas estatais. Trata-se de possibilidade, aplicada sob um viés de recomendação, mas que pode ser realizado pelo poder executivo a qualquer tempo.

É bem verdade que por meio de análise decorrente dos Decretos²²⁹ publicados pelos Entes Federativos regulamentando a Lei nº 13.303/16 os conceitos mantiveram-se generalistas, não detalhando, para além do disposto na Lei, a atuação da governança.

Tal postura permitida pela Lei poderia, segundo lição de Walfrido Warde Júnior²³⁰, conferir supremacia aos interesses privados e à lucratividade e fizesse desaparecer a razão de existir dessas entidades.

No entanto, importante que, ao contrário desse entendimento, sejam verificados os avanços trazidos pela Lei acerca do enaltecimento do interesse público e sua relação direta com as boas práticas de governança corporativa, não sendo possível que tal interesse seja interpretado de forma dissociada de todo o arcabouço trazido pela Lei sob comento.

Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC²³¹, são princípios básicos de governança corporativa:

- (i) transparência, especialmente na disponibilização de informações relevantes a todas as partes interessadas
- (ii) equidade que se caracteriza pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (stakeholders),
- (iii) prestação de Contas (accountability) e
- (iv) Responsabilidade Corporativa, já que os agentes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações.

Ainda, com base na publicação do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, deve-se inserir, dentre esses princípios básicos na governança voltados às empresas estatais, o atendimento ao relevante interesse coletivo que motiva sua criação e a finalidade de interesse público objetivada com sua atuação.

A governança corporativa pode ser entendida de forma generalizada, como conjunto de boas práticas que podem ser incorporados por empresas que objetivam garantir o alto nível de transparência e controle da gestão do negócio, certo é que, no contexto das sociedades de

²²⁹ Vide exemplos: decreto nº 46.188 de 06 de dezembro de 2016 do Estado do Rio de Janeiro; decreto nº 47.105/16 de 16 de dezembro de 2016 do Estado de Minas Gerais, decreto nº 8945 de 27 de dezembro de 2016 do governo federal e decreto 62.349 de 26 de dezembro de 2016 do Estado de São Paulo.

²³⁰ WARDE JUNIOR, Walfrido. Falta legitimidade à reforma política – DCI - Warde Advogados. 2018.

Disponível em: <warde.com.br/falta-legitimidade-reforma-politica-dci/>. Acesso em: 13 de dez. 2018. p. 106.

²³¹ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP: IBGC, 2015. 108p.

economia mista deve ser inserido, dentre as boas práticas, o atendimento ao relevante interesse coletivo previsto constitucionalmente e sua inter-relação com o interesse público.

Isso significa dizer que o não estabelecimento de obrigações específicas que direcionem a atuação da governança voltada ao atendimento ao interesse público objetivado pela empresa — assim como seus limites e planejamento de execução, atrelados à análise de resultados da companhia — pode redundar em direcionamentos equivocados na condução dos negócios dessas empresas.

O art. 8º, em seu § 1º, ratifica a necessária observância do interesse público ao dispor que a empresa estatal deverá observar como requisito de transparência, o interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos empresariais e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do caput.

Diretrizes sobre Governança Corporativa para Empresas de Controle Estatal elaborado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, por meio do OCDE *Guidelines on Corporate of State owned enterprises*²³², reforçam esse entendimento e apresentam observações relevantes a respeito da atuação do Estado enquanto proprietário das empresas estatais, estabelecendo o que se pode chamar de “condutas desejáveis ao amadurecimento da governança”. Nesse sentido, recomenda que:

O governo deve desenvolver e divulgar uma política de propriedade que defina os objetivos gerais da propriedade estatal, a função do Estado na governança corporativa das estatais, e como irá implementar sua política de propriedade. Os objetivos múltiplos e contraditórios da propriedade estatal freqüentemente levam a uma conduta muito passiva das funções de propriedade ou, inversamente, resultam na excessiva intervenção em questões ou decisões que deveriam ser deixadas para a empresa e seus órgãos de governança. Para que o Estado se posicione claramente como um proprietário, deverá esclarecer e priorizar seus objetivos. Os objetivos podem incluir evitar distorções de mercado e a busca de lucratividade expressa na forma de objetivos específicos, tais como taxa de retorno e políticas de dividendos. Traçar objetivos pode incluir escolhas, por exemplo, entre o valor da ação, serviços públicos e até previdência social. O Estado deve então ir mais além do que definir seus objetivos como proprietário, deve também indicar suas prioridades e esclarecer como essas escolhas intrínsecas devem ser tratadas. Agindo dessa forma, o Estado deve evitar interferência nos assuntos operacionais e, portanto, respeitar a independência do conselho. Uma política de propriedade clara ajudará a evitar concessão de autonomia excessiva às estatais para traçar seus próprios objetivos ou para definir a natureza e extensão de suas obrigações de serviços públicos. Além disso, o Estado deve esforçar-se em ser consistente em sua política de propriedade e evitar modificar os objetivos gerais com muita freqüência.

²³² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. OCDE Guidelines on Corporate of State-owned enterprises. Tradução própria. 2015. Disponível em: <www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/42524177.pdf>. Acesso em: 11 de dez. 2018.

Sob uma outra ótica, reconhece-se que a Lei nº 13.303/16 poderia ter minudenciado ainda mais a gestão dos administradores voltada à governança pública, ou seja, devendo compatibilizar sua atuação a resultados econômicos e atendimento de políticas públicas, sem que redundem em interesses antagônicos.

Por isso, é necessário que seja pauta de regramento interno das sociedades de economia mista a gestão dos administradores e atuação do acionista controlador voltada à análise o cumprimento do interesse público, devendo ser, para tanto, objeto do controle interno por meio da mensuração objetiva dos limites da incidência do interesse público e interesse econômico, com a utilização, inclusive, de indicadores de desempenho capazes de avaliar objetivamente o atendimento de todos os interesses intrínsecos às sociedades de economia mista.

Preocupa, nesse contexto, o discurso de maior autonomia e de fortalecimento de órgãos societários, com profissionalização dessas estruturas, sem que haja correspondente conscientização, treinamento e aplicação de critérios objetivos de gestão que ofereçam indicadores de mensuração para além da avaliação da saúde financeira dessas entidades e lisura na atuação de seus administradores, capazes de aferir o cumprimento de seu objeto social (interesse coletivo) e, por conseguinte, das políticas públicas que justificam e direcionam a atuação dessas empresas.

Evidentemente que, se não houver interesse político e controles internos e externos, alinhados com tal interesse, haverá o risco de robustecimento das estruturas internas de governança especificadas na Lei nº 13.303/16, o que tornará essas sociedades cada vez mais distantes da gestão de políticas públicas e, em última análise, podem reforçar a autonomia dessas sociedades sem o correspondente planejamento de gestão, tornando toda a estrutura voltada à governança medida apenas paliativa, criada para atender aos ditames da Lei, entretanto, sem repercussão relevante no equilíbrio das atribuições da sociedade.

Nesse contexto, necessário que se avaliem cada uma das estruturas internas de poder, responsáveis pelo sistema de gestão dessas sociedades, que reforçam e estruturam a atuação da governança corporativa, quais sejam: (i) conselho de administração; (ii) diretoria e (iii), assembleia de acionistas, com ênfase ao controle societário, representando a supremacia da vontade do acionista majoritário nos atos da sociedade e o papel do acionista minoritário, sem que sejam desconsiderados os interesses dos acionistas minoritários.

Ainda, serão avaliados em que medida as estruturas de governança voltadas à gestão das sociedades, contribuem para adequada coexistência do interesse público e privado nessas empresas, especialmente em relação à interpretação do art. 238 da Lei 6404/76, de forma a

contribuir para o direcionamento da atuação do controlador em conformidade com os interesses que circundam a sociedade.

4.2 Órgãos societários: Assembleia Geral de Acionistas e Administradores

Nas palavras de José Edwaldo Tavares Borba²³³, “a sociedade anônima, como qualquer pessoa jurídica, manifesta-se através de órgãos aos quais compete produzir a vontade social”. Assim, quando o órgão social se pronuncia é a própria sociedade que está emitindo o pronunciamento.

As competências das estruturas internas de poder das sociedades anônimas, especificamente das sociedades de economia mista, são o conselho de administração, diretoria e assembleia de acionistas, com particular atenção ao controle societário (dada a imposição da vontade do Estado nos atos da sociedade) e a participação do acionista minoritário nas decisões da sociedade.

Até o advento da Lei nº 13.303/16, os órgãos societários, especialmente o conselho de administração e diretoria, estiveram vinculados a interesses partidários e, em regra, com predomínio dos interesses do acionista majoritário pautado em posicionamentos circunstanciais de governo na condução da atividade empresarial.

A Lei nº 6.404/76, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas dispõe sobre a organização dessas sociedades, definindo as competências e responsabilidades adstritas aos órgãos societários. Do ponto de vista empresarial, Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira²³⁴ apontam que a Assembleia de acionistas “constitui o foro apropriado para o confronto da minoria contra a opressão da maioria.”

A assembleia de acionista, configura-se formalmente como órgão social supremo da sociedade anônima uma vez representar o poder máximo da sociedade. Pode ser definida, nas palavras de Nelson Eizirik (2011, p. 14), como o conjunto de acionistas reunidos, mediante convocação e instalação realizadas de acordo com a Lei das S/A. A e o Estatuto Social, para deliberar sobre matéria de interesse social.

²³³ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário / José Edwaldo Tavares Borba. – 12. Ed. Ver., aum. E atual – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

²³⁴ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Direito das companhias. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A relevância da assembleia geral encontra-se prevista no caput do art. 121 da Lei das Sociedades Anônimas já que detém poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

Percebe-se, na visão de Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira²³⁵, o declínio da Assembleia Geral, seja (i) pela complexidade associada à necessária agilidade da gestão social da empresa, incompatível com o ritual e com a estrutura de uma assembleia de acionistas, em que há diversos interesses e entendimentos dissonantes que, pela sua natureza, retardam a tomada de decisões, (ii) seja pelo fortalecimento dos órgãos da administração motivado pelo crescente absentismo dos acionistas que acaba por conferir cada vez mais poderes à Diretoria e ao Conselho de Administração na condução da empresa.

Nas empresas estatais, especialmente das sociedades de economia mista de capital fechado em que a participação do acionista privado é ainda menor que nas companhias de capital aberto; nessas há maior pulverização de sócios privados e, portanto, controle externo mais efetivo, seja por meio da Comissão de Valores Mobiliários – CVM²³⁶, ou do próprio controle social; a ingerência do acionista majoritário sempre foi muito forte e sem maiores consequências do ponto de vista de responsabilização.

Não se tem a pretensão de afirmar que não há predomínio das sociedades de economia mista de capital aberto da atuação do Estado enquanto acionista controlador, apenas compreende-se que há controles mais eficazes que contribuem à aferição da adequabilidade técnica e jurídica da gestão dessas Companhias, o que inibe a adoção de posicionamentos desconformes.

Não se pode negar que a interferência do acionista majoritário nos rumos da companhia, a qual será tratada adiante, sempre foi ratificada pela indicação, pautada em interesses político partidários, da maioria dos membros do Conselho de Administração e Diretoria, no intuito de satisfazer interesses governamentais, bem como em membros do primeiro escalão do governo,

²³⁵ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Direito das companhias. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

²³⁶ A CVM por meio do julgado nº RJ2013/6635 verificou a atuação da União Federal, enquanto controladora da Centrais Elétricas Brasileiras S.A – Eletrobrás. No âmbito da Medida Provisória foi proposta a renovação automática das concessões de geração e transmissão de energia elétrica, em troca de redução de tarifa. Tal Medida prejudicou consideravelmente a Eletrobrás e a CVM, a Relatoria Luciana Dias em seu voto, acompanhado unanimemente pelo Colegiado condenou a União Federal à pena de multa no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por ter violado o art. 115, § 1º da Lei 6.404/1976, por ter agido em conflito de interesses ao votar favoravelmente a adoção da MP 579 que envolvia interesses relevantes da União Federal. (PAS CVM nº RJ 2013/6635 disponível em http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2015/20150526_PAS_RJ20136635) acesso em 04.01.2019.

fundamentado na lógica de que devem integrar os conselhos aqueles que estão mais alinhados com os interesses do governo, muitas vezes desvinculados dos objetivos da empresa estatal.

Não haveria, em caráter prioritário, problema nas indicações acima explicitadas, puramente se considerar-se que se tratam de pessoas que coadunam da mesma ideologia política que, portanto, são favoráveis às políticas públicas idealizadas por determinada gestão governamental.

Acontece que, para além dessa constatação, há também a de que tais escolhas políticas em geral não vêm acompanhadas de critérios qualitativos para assunção dos cargos de membro do Conselho de Administração e Diretor (administradores) nas empresas estatais, o que redundaria em gestões superficiais e por vezes, irresponsáveis.

Tal prática na qual se nomeiam administradores de empresas estatais em decorrência de acordos políticos, pode significar abuso do poder de controle, ou seja, dirigentes e conselheiros são escolhidos para apoiar projetos de governo, sem, no entanto, terem a *expertise* necessária para avaliarem as possibilidades econômicas financeiras da empresa, associada ao seu objeto social e a finalidade pública que motiva sua existência.

Warde Júnior²³⁷ afirma que o administrador público não funciona sob a primazia do interesse da empresa, limitado por seus deveres fiduciários, estabelecidos pela Lei das Sociedades Anônimas, sendo certo que é o interesse da empresa e os deveres fiduciários dos administradores que se submetem inexoravelmente ao interesse público e às decisões administrativas vinculantes.

O que se verifica é, em certa medida, desequilíbrio na gestão dessas empresas, ora voltadas mais aos interesses privados sem considerar a possibilidade de equilíbrio com as atribuições de interesse público ou ainda, sem haver um justo sopesamento, no caso concreto entre os interesses que estão sendo avaliados.

Verifica-se ainda, uma grande dificuldade na delimitação dos limites da intervenção do acionista majoritário, que se vê representado, em grande medida, pelos conselhos de administração e diretoria, sem que isso se traduza necessariamente em ilegalidades explícitas, mas que, com certeza, podem significar escolhas rasas e pautadas em diretrizes que não se configuram suficientemente sustentáveis e perenes.

²³⁷ WARDE JUNIOR, Walfrido. Falta legitimidade à reforma política – DCI - Warde Advogados. 2018. Disponível em: <warde.com.br/falta-legitimidade-reforma-politica-dci/>. Acesso em: 13 de dez. 2018. p. 101.

Vitor Schirato²³⁸ reforça esse entendimento ao afirmar que é comum verificar-se o uso de “cargos de confiança na direção de empresas estatais como moeda de troca de apoio político, com completo esquecimento dos deveres da boa gestão da coisa pública e da nomeação de pessoas capacitadas para o exercício do poder de administração das empresas estatais”.

Trata-se da prática recorrente no Brasil e, dada a ausência de sua proibição formal, não obstante a flagrante ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade foi institucionalizada e transformou as sociedades de economia mista e empresas públicas em entidades pouco profissionalizadas em nível de gestão e, por conseguinte, menos eficientes. Nas palavras de Vitor Schirato²³⁹ extrai-se:

A influência política na gestão das empresas, na visão do autor, é um dos maiores riscos relacionados à existência e funcionamento dessas empresas, concluindo que: (...) É imperioso, para se garantir o funcionamento adequado de referidas instituições e a efetiva realização de suas finalidades precípuas, que sua gestão seja empresarial, voltada à realização de seus objetivos sociais, e não há satisfação de meros interesses políticos, os quais, não raro, estão a léguas de distância do interesse público efetivamente subjacente à existência da empresa estatal em questão.

Assim, tornou-se medida emergencial, o estabelecimento de pré-requisitos para indicação de administradores das sociedades estatais, especialmente das sociedades de economia mista, visando aumentar a idoneidade e independência em face de diretrizes flagrantemente voltadas à satisfação de intentos políticos.

Com o advento do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/16) foram criados requisitos que conferem imparcialidade à indicação de nomes para integrarem conselhos e diretoria nessas sociedades, além de elencar expressamente, vedações à indicação de pessoas que se enquadrem nas proibições nela previstas.

O fortalecimento interno da gestão das sociedades de economia mista, fica mais propenso, ao contrário do que se espera, a ser classificado como interesse privado, haja vista que resguarda sua organização interna ou respalda diretriz de determinado governo, sem que representem necessariamente atividades atinentes aos objetivos sociais oriundos de um planejamento do acionista controlador e administradores, para atuação dessas entidades.

²³⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. As empresas estatais no direito administrativo econômico atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p.185

²³⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. As empresas estatais no direito administrativo econômico atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p.187

4.2.1. O controle societário das sociedades de economia mista

A sociedade de economia mista, entidade integrante da Administração Pública brasileira é constituída sob a forma de sociedade anônima, portanto, sujeita à Lei nº 6.404/76. Sua criação é autorizada por lei, nos termos do inciso XIX do art. 37 da CRFB/88 e possui controle societário unipessoal, o que significa dizer que, dada sua natureza de empresa estatal, seu controle acionário é exercido pelo ente federativo a que se vincule.²⁴⁰

A doutrina administrativista, de acordo com Vitor Schirato²⁴¹ reforçada pela redação equivocada do Decreto Lei nº 200/67²⁴², sempre procurou identificar o poder de controle em uma determinada empresa, visando classificá-la como empresa estatal, a partir de uma única situação jurídica (detenção da maioria das ações com direito a voto) quando, em realidade, a classificação de empresas como estatais independe do Poder Público possuir a maioria das ações com direito a voto, sendo o relevante para tal definição, a manutenção do controle acionário pelo Estado.

Portanto, aquele que detém maior poder de voto é chamado de acionista controlador e, cabe a ele determinar os rumos dos negócios da companhia, tendo para tanto, determinados deveres e responsabilidades, especialmente perante os acionistas minoritários, por eventual abuso de poder. Assim, para a configuração da empresa como sociedade de economia mista, é essencial que o controle da sociedade pertença ao Estado e que a finalidade pública que justifica sua atuação na economia respaldando a excepcionalização do princípio constitucional da livre concorrência²⁴³.

Não por acaso, a CRFB/88, no *caput* de seu art. 173, estabelece que o Estado, por intermédio de suas empresas estatais apenas poderá explorar diretamente a atividade econômica, quando necessário aos imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo.

²⁴⁰ O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, assim dispõe sobre a 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 à entidade da Administração Indireta”.

²⁴¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. As empresas estatais no direito administrativo econômico atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p.147

²⁴² O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, assim dispõe sobre a 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 à entidade da Administração Indireta”.

²⁴³ O poder de controle, também chamado controle interno (exercido pelo acionista ou grupo de acionistas com maior poder de voto), se contrapõe ao controle externo (exercido por outras empresas ou outras forças. (COMPARATO, Fábio Konder, SALOMÃO FILHO, Calixto, 2005, p. 51).

Nesse ponto, merece atenção a atuação do Estado nessas empresas: deve, ao mesmo tempo que objetiva o interesse público, sujeitar-se às normas da Lei das Sociedades Anônimas, com responsabilidades, obrigações societárias e objetivos privados, voltados ao alcance de metas financeiras e resultados econômicos, que redundem em valorização de suas ações no mercado de capitais ou se traduzam em ganhos de eficiência e lucratividade, bem como em respeito aos interesses dos acionistas.

Ainda, a consecução do interesse público pelo acionista controlador das sociedades de economia mista deve guardar, ao mesmo tempo, correlação lógica entre o seu objeto social e a autossuficiência da empresa no longo prazo, o que significa que empresas estatais devem buscar resultados financeiros da atividade que exploram.

Contudo, é inegável que o maior desafio do controle societário não é necessariamente o alcance de uma gestão eficiente e profissionalizada, mas sim, o atendimento de sua finalidade pública, em equilíbrio com o interesse privado, sem prejudicar, ainda, a ampla competitividade do mercado econômico.²⁴⁴

Isso significa dizer que a busca do atendimento do interesse público e econômico nessas sociedades é, também, o fundamento principal da discussão acerca dos limites da atuação do controle societário na consecução de interesse público, utilizado como pretexto para tudo autorizar e legitimar.

O Direito brasileiro contemplou o conceito de controle societário (leia-se acionista controlador) no art. 116²⁴⁵ da Lei 6.404/76, também conhecida como Lei da S/A, estabelecendo que o acionista controlador é a pessoa, natural ou jurídica, ou 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 administradores da companhia; e

²⁴⁴ O maior desafio que se coloca na atualidade para a empresa estatal não é propriamente como atingir padrões de eficiência semelhantes aos da iniciativa privada, mas, sim, como resgatar sua verdadeira missão pública, dando-lhe contorno jurídico adequado para viabilizar a conveniência com acionistas privados e permitir a atuação ordenada no mercado disputado por outros atores econômicos.(PINTO JÚNIOR, 2013, p.03)

²⁴⁵ art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

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 legalmente respeitar e atender.

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

Assim, a Lei nº 6404/76 já trazia a imprescindibilidade de atuação do poder do acionista controlador em conformidade com as atividades sociais da empresa, constantes em seu estatuto social. O parágrafo único do art. 116 expressamente determina que deve o acionista controlador usar seu poder com a finalidade de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, ressaltando seus deveres para com os demais acionistas da empresa, com os empregados, *stakeholders* e a sociedade em geral.

Ainda, segundo o art. 238²⁴⁶, especificamente relacionado às sociedades de economia mista, o acionista controlador poderá, ainda, orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação.

Note-se que nas determinações dispostas no art. 116 da Lei nº 6.404/76 esteve no cerne do exercício do poder do acionista controlador das sociedades anônimas, a observância dos interesses sociais e econômicos em sua atuação, o que torna possível afirmar que a Lei 13.303/16 apenas estruturou, por meio de mecanismos ligados à governança corporativa, a conciliação de todos os interesses que circundam uma sociedade empresária.

O enfoque do art. 116 é voltado às sociedades anônimas genericamente consideradas, o que permitiria concluir que há uma aproximação do disposto na Lei 13303/16 às previsões da Lei nº 6404/16, aproximando-as do papel empresarial que devem exercer.

Ocorre que, a atuação do acionista controlador na sociedade de economia mista possui contornos que exigem observância de especificidades próprias, nas quais a amplitude de sua atuação volta-se ao atendimento de políticas públicas o que foi considerado pela Lei nº13303/16, mesmo que forma dispersa em seus artigos²⁴⁷.

Importante que se retorne ao advento da CRFB/88, especialmente o art. 173 da CRFB/88, para que a Lei nº 6404/76, no que concerne às sociedades de economia mista, pudesse ser interpretada em consonância com a CRFB/88, o que trouxe a torna a importância e o papel dessas empresas na consecução de interesses públicos.

Percebe-se que nem a CRFB/88, apesar de melhor explicitar o papel das sociedades de economia mista e sua interpretação em conformidade com a Lei nº 6.404/76, foram suficientes para delimitar os limites da discricionariedade do conceito jurídico indeterminado “relevante

²⁴⁶ 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.

²⁴⁷ A Lei 13.303/16 traz a expressão interesse público nos art. 3º, § 1º, art. 8, V e em seu § 1º, art. 42, VII, d, art. 62 e a expressão interesse coletivo consta nos arts.2º, art. 8º, I e VI, art. 27, caput e § 1º.

interesse coletivo”. O conceito ficou à mercê do intérprete que, em objetos sociais generalistas, conseguiu inserir diversas atividades, como se implicitamente fossem de relevante interesse coletivo para seu exercício.

Dessa forma, a expressão “interesse público”, resultado dessa “validação” conferida pelo objeto social, de forma ampla e irrestrita, serviu de justificativa para excessos e desmandos do acionista controlador, inclusive em relação ao interesse dos investidores privados, das sociedades de economia mista.

Tanto é assim, que a realidade vivenciada por essas empresas é de contraposição entre o interesse público e privado. Interesses estes que deveriam ser vistos como complementares e estruturantes da sociedade de economia mista, são tratados como contrários e conflitantes.

Isso decorre da forma como é interpretado o conceito jurídico indeterminado “interesse público”, confundido muitas vezes com interesses de governo dissociados do interesse coletivo que motiva a atuação da companhia, exacerbando o campo de atuação do interesse público que, sob seu manto de superioridade, autoriza a atuação desmedida do Estado sobre essas empresas.

Escolhas do acionista controlador (Estado), seja por seu voto majoritário nas assembleias, seja pela escolha de membros do conselho de administração pautados em critérios políticos, preenchidos em sua maioria com membros do primeiro escalão da Administração Pública Direta da Poder Executivo, oferece aval para decisões governamentais, mesmo que inadequadas para a sociedade empresária; ainda que do ponto de vista econômico financeiro e ou finalístico.

Mário Engler Pinto Júnior²⁴⁸, afirma que a atuação do Estado nas empresas estatais, especialmente das sociedades de economia mista que tem participação do acionista minoritário, balizador dos limites da ingerência pública sobre os interesses privados, precisa lidar com o desafio de rever o paradigma do exacerbado corporativismo, a falta de compromisso com resultados e risco de aparelhamento político partidário.

O que se verifica, não obstante a previsão do art. 117²⁴⁹ da Lei 6404/76 e as normas constitucionais que buscam coibir abusos de poder e nortear a atuação do Estado na gestão das

²⁴⁸ PINTO JUNIOR, Mário Engler. Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários.FVG. São Paulo: Atlas, 2013. p.5.

²⁴⁹ 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

sociedades de economia mista, é que tais normas não foram suficientes para que a gestão dessas sociedades não fosse pautada pela influência política de seus administradores, protegidos pelo Estado enquanto acionista controlador²⁵⁰.

Outro risco à existência e funcionamento dessas sociedades, que se tornou prática comum, é a utilização do controle estatal para justificar uma atuação contrária ao Direito. De acordo com Vitor Schirato²⁵¹ a atuação contrária ao Direito foi muitas vezes travestida de legalidade, pautada no entendimento de que o interesse público por elas realizado justificaria condutas que, em certas oportunidades, contrariam as normas regentes da exploração das atividades econômicas.

Ainda, a ausência de definições claras do Estado proprietário acerca dos rumos das sociedades de economia mista, muitas vezes as aproxima demais da esfera privada, afastando-as de sua função pública. Pode ser, ainda, que a ausência de diretrizes do Estado possa, ao contrário, torna-las extensões da Administração Pública Direta, como se estivessem à mercê da

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) 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) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. (Incluída dada pela Lei nº 9.457, de 1997)§ 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador. § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

250 MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-identifica-dano-em-compra-da-refinaria-de-pasadena-pela-petrobras.htm>. Acesso em: 12. fev. 2019. Exemplo típico é o caso da compra da refinaria Pasadena pela Petrobrás S.A, aprovado pelo seu Conselho de Administração, presidido pela então ministra da Casa Civil, Sra. Dilma Russef.

A aquisição de 50% da refinaria, por US\$ 360 milhões, foi aprovada pelo conselho da estatal em fevereiro de 2006. O valor foi muito superior que os US\$ 42,5 milhões pagos um ano antes pela belga Astra Oil pela refinaria inteira. Depois, em 2012, a Petrobras foi obrigada a comprar 100% da unidade, antes compartilhada com a empresa belga. Em 11/10/2017, O Tribunal de Contas da União, em processo de Tomada de Contas Especial decreta medida cautelar de indisponibilidade de bens dos membros do conselho de administração. O relator do processo de Tomadas de Contas Especial-TCU, ministro Vital do Rêgo, que propôs o bloqueio de bens dos ex-conselheiros, afirmou em seu voto que os conselheiros de administração também são responsáveis pelo prejuízo total causado pela compra da refinaria. De acordo com Vital, apesar de o conselho ter aprovado apenas a compra dos primeiros 50% da refinaria em 2006, os erros de avaliação e o preço pago na época serviram de base para a compra dos outros 50% da refinaria anos depois. Por isso, o conselho de 2006 também deve ser responsabilizado por todo o dano. "Nesse passo, o nexó de causalidade relativo ao débito da segunda aquisição da refinaria se traduz na conduta daqueles que deram causa aos valores antieconômicos negociados na primeira parte da aquisição, uma vez que os valores efetivamente pagos pela segunda metade se basearam naqueles fixados na aquisição dos 50% iniciais", afirmou o ministro. Em seu voto, Vital do Rêgo afirma que os conselheiros não podem alegar falta de informação sobre a refinaria no momento da decisão, já que poderiam ter solicitado apoio técnico, inclusive externo. Segundo o ministro, o prejuízo causado não decorreu de risco negocial, mas sim por negligência, "na medida que os responsáveis não se valeram do devido cuidado para garantir decisões refletidas e informadas". (TCU, 2017, on line).

²⁵¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.181.

satisfação dos interesses do acionista controlador para acobertar interesses partidários, a ponto de colocar em risco sua existência em prol de uma determinada política pública dissonante das diretrizes internas da sociedade empresária, por exemplo.

A coerência entre a atuação das sociedades de economia mista e as diretrizes estabelecidas pelo Estado proprietário é necessidade relevante para a correlação entre o papel da estatal no cenário econômico nacional e sua participação como entidade integrante da Administração Pública. O Estado proprietário deveria exercer papel de direcionador da atuação dessas entidades e não vincular sua atuação a simples ingerências circunstanciais, carentes de planejamento o que, inevitavelmente, acarretam desvios na gestão dessas empresas e por ventura redundam em prejuízos financeiros.

4.2.2. Evolução legislativa do controle societário: Leis nº 6404/76 e 13.303/76

Tanto o art. 116 quanto o art. 117 da Lei das Sociedades Anônimas apresentam conceitos de significado indeterminado ao mencionarem, por exemplo, que o controlador atua com abuso de poder quando exerce sua atividade de forma lesiva ou contrária a função social da sociedade, ficando muitas vezes sujeitas a discricionariedade do aplicador da norma escolher, dentre as opções legalmente viáveis, aquela que melhor se adequa aos interesses do caso concreto na aplicação do conceito jurídico indeterminado.

Nas sociedades de economia mista, o conceito de lesividade e função social, afora as regras societárias dispostas pela Lei nº 6404/76, devem ser avaliados em consonância com o interesse coletivo que fundamenta a existência da companhia e vice-versa. Ou seja, mesmo que a política pública seja aderente ao objeto social da sociedade e o acionista controlador reconheça tal condição, deve avaliar sob o ponto de vista societário, se aquela política impõe perdas à empresa e aos acionistas minoritários, sob pena de colocar em risco a sobrevivência da sociedade.

Isto significa dizer que a análise da incidência de conduta lesiva à empresa, assim como o descumprimento de sua função social, devem ser avaliados em conjunto, sem que seja realizada análise isolada do relevante interesse coletivo e ou da política pública que se objetiva atingir e, muito menos, em desconformidade com os interesses econômicos que circundam essas sociedades empresárias.

O art. 238 da Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6404/76) dispõe que o acionista controlador das sociedades de economia mista deve orientar suas atividades de modo a atender ao interesse público, não autorizando que o ente público controlador imponha à sociedade o

ônus de implementar políticas públicas gerais ou extrassetoriais, para além dos fins sociais especificamente imputados.

Não se pode olvidar que, nos termos do texto constitucional, a finalidade pública na atuação das sociedades de economia mista se trata de um dever e não de uma faculdade do Estado, sob pena de incorrer-se em ilegalidade e inconstitucionalidade.²⁵²

Fábio Comparato e Salomão Filho²⁵³, quanto ao poder de controle previsto na Lei nº 6404/76, afirmam:

O titular do controle exerce a soberania societária. Não vai nisto nenhuma aberração. Ao contrário, a existência de um direito de controle representa um elemento indispensável na economia social, embora ele não tenha sublinhado, como deveria, na estrutura do modelo legal, até o advento da Lei nº 6.404/76.

Da mesma forma, Vitor Schirato²⁵⁴ explica que o art. 173 da CRFB/88, conforme já explicitado, restringe a atuação dessas empresas a atividades que tenham relevante interesse coletivo em consonância com seu objeto social. Deste modo, o referido dispositivo normativo apenas presta-se a limitar situações evidentes e claras da indevida atuação do Estado diretamente no domínio econômico, contudo, é absolutamente imprestável na maioria dos casos em que há zona cinzenta decorrente da elasticidade da noção de relevante interesse coletivo.

O problema da atuação do controle societário não reside na imposição de realização de atividades que flagrantemente guardam relação com o objeto social da companhia, ou mesmo se encontrem nele previstas, mas sim, naquelas em que a empresa possui um objeto social genérico e ampliativo. E, justamente por isso, tem-se a capacidade de abarcar diversas atividades em que o interesse coletivo, por ser conceito jurídico indeterminado e carente de melhor delimitação no ordenamento pátrio, acomode justificativas pautadas em interesse público fundamentado em critérios discricionários.

Por isso, deve haver coerência entre a atuação das sociedades de economia mista e as diretrizes estabelecidas pelo Estado proprietário, sendo relevante para a correlação entre o papel da estatal no cenário econômico nacional e sua participação como entidade integrante da Administração Pública. O Estado proprietário deve exercer papel de direcionador da atuação dessas entidades e não vincular sua atuação a simples ingerências circunstanciais, carentes de

²⁵² Como um reflexo do que ocorre com todo o Direito Administrativo, as empresas estatais são foco de arbitragem entre diversos interesses, de forma que deve o Estado, na qualidade de acionista controlador, realizar constante arbitramento entre o interesse da coletividade a ser tutelado pela empresa estatal e os outros interesses públicos que lhe orbitam, inclusive os interesses dos acionistas minoritários. (SCHIRATO, 2016, p.152)

²⁵³ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁵⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p.168

planejamento o que, inevitavelmente, acarretam desvios na gestão dessas empresas e porventura redundam em prejuízos financeiros.

Tal fato ocasiona inevitável insegurança dos investidores minoritários nessas sociedades, especialmente pela falta de transparência nas escolhas adotadas pelo acionista controlador, sempre justificadas pela supremacia do interesse público.²⁵⁵

Baseando-se nas ideias apresentados Vitor Schirato²⁵⁶, é preciso cautela ao defender que o exercício do poder de controle pelo Estado nas empresas estatais é ilimitado, o que implica asseverar que, sob o pretexto de proteção e da tutela do interesse público genericamente considerado, pode o Estado lesar interesses dotados de inegável legitimidade, que são os interesses coletivos daqueles que participam como investidores das sociedades de economia mista.

Com o advento da Lei nº 13303/16 (Estatuto Jurídico das Empresas Estatais), a discricionariedade apta a justificar escolhas do acionista controlador pautadas no fundamento do interesse público ilimitado, fica enfraquecida, já que a citada Lei trouxe uma governança pública estruturada e de mecanismos jurídicos de controle e transparência, que restringem a autonomia dos governantes e gestores na atuação das empresas estatais.

Vale ainda ressaltar que a referida Lei trouxe uma seção específica sobre o acionista controlador que, em seu artigo 14 prevê a obrigação de que o controle societário faça constar no Código de Conduta e Integridade a vedação à divulgação de informações que possam causar impacto na cotação dos títulos da empresa pública ou da sociedade de economia mista e em suas relações com o mercado ou com consumidores e fornecedores.

Estabelece ainda, como de responsabilidade do acionista controlador, a necessidade de preservação da independência do Conselho de Administração no exercício de suas atribuições e a necessária observância da política de indicação na escolha dos administradores e membros do Conselho Fiscal previstas na Lei. Tal artigo reflete a intenção de que o acionista controlador tenha postura ativa para o alcance da boa governança corporativa.

²⁵⁵ Na verdade, o dogma vigente entre publicistas brasileiros, da supremacia do interesse público sobre o particular, parece ignorar nosso sistema constitucional, que tem como uma das suas principais características a relevância atribuída aos direitos fundamentais. O discurso da supremacia encerra um grave risco para a tutela de tais direitos, cuja preservação passa a depender de valorizações altamente subjetivas feitas pelos aplicadores do direito em cada caso. (SARMENTO, Daniel. In: Interesses públicos versus interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional, ed. Lumen Juris, p. 89)

²⁵⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p.152

Quanto aos abusos de poder do controle societário previstos no art. 117 da Lei nº 6.404/76 em regra, segundo Marçal Justen Filho²⁵⁷ apesar de conceito genérico, carente de definição legal, resultam de decisões tomadas pelo acionista controlador com a finalidade de prejudicar ou favorecer determinado grupo de acionistas, em detrimento dos interesses e finalidades legítimas da companhia.

Nas sociedades de economia mista, Marçal Justen Filho²⁵⁸ em outra obra, considera que não se pode ignorar que há responsabilidade do controle societário quanto ao atendimento do interesse público, publicizado por meio da carta anual, importante documento previsto no art. 8º, I da Lei nº 13.303/16, como instrumento de transparência.

Já o art. 15 do Estatuto Jurídico das Estatais não apresenta nenhuma novidade, aplicando integralmente o já disposto no art. 117 da Lei 6404/76, bem como trata da ação de reparação em caso de abuso de poder e da respectiva prescrição para ajuizamento da referida ação.

Pode-se depreender que, especificamente nessa seção da Lei nº 13.303/16, não há comandos normativos que rompessem, de pronto, a ilimitada intervenção do interesse público, capitaneado pelo acionista controlador.

Não se pode, contudo, afirmar que a Lei das Estatais não trouxe relevantes contribuições. Isso porquê, para que se verifique o papel do controle societário no Novo Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, é necessário que se analise todo o arcabouço de governança corporativa trazido pela Lei e seus mecanismos de controle que impactam, de forma direta ou indireta, na limitação da atuação considerada “incontrastável” do Estado enquanto acionista controlador²⁵⁹.

O controle societário, em tese, sempre esteve adstrito às limitações que envolvem o exercício de atividade econômica por empresa estatal, sendo que a Lei nº 6404/76 já apresentava a necessidade de observância do interesse público na condução das sociedades de economia mista. A CRFB/88 deixou evidenciada a relevância do interesse coletivo como critério

²⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária em empresas privadas.** In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). Estatuto jurídico das empresas estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39-57.

²⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **A contratação sem licitação nas empresas estatais.** In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). Estatuto jurídico das empresas estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 283-325.

²⁵⁹ Carlos Ari Sundfeld afirma que o controle societário exercido pelo Estado nas sociedades de economia mista não decorre de uma determinação jurídica, mas de um fenômeno de distorção que se criou ao longo do tempo como rota de fuga para os controles (fiscalizações) típicos da Administração Pública. Nesse sentido, o autor concluiu que “Não corresponde a uma ideia de que o controle societário público sobre a sociedade mista deva ser do tipo absolutista, incontrastável, ilimitado. Tal impressão resulta – isto sim – dos hábitos administrativos brasileiros, que traduzem mais a distorção no uso do instituto, decorrente dos desvios da nossa história. (SUNDFELD, Carlos Ari, 2000, pag. 75)

determinante para atuação das estatais, mas ficou ainda pendente de regulamentação prevista no art. 173, § 1º da CRFB/88.

Apenas com o advento do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais houve a aguardada contextualização e conseqüente objetivação do conceito jurídico indeterminado “relevante interesse coletivo” trazido pelo já mencionado caput do art. 173 CRFB/88, ao erigir à condição de protagonista, conceito muitas vezes mantido apenas na esfera da discricionariedade do aplicador da norma.

A Lei nº 13.303/16 já no parágrafo 1º do art. 2º estabelece que a constituição “da empresa pública ou das sociedades de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da CF”.

Referida Lei das Estatais em seu art. 27 prevê ainda, que a função social da empresa pública e sociedade de economia mista, traduz-se no interesse coletivo ou de atendimento a imperativo de segurança nacional e complementa em seu § 1º que a realização do interesse coletivo deverá ser orientada para:

- (i) bem-estar econômico;
- (ii) alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela estatal;
- (iii) ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços;
- (iv) desenvolvimento de emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços, sempre de maneira economicamente justificada;
- (v) adoção de práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado nas entidades que atuam.

Assim, o cumprimento do objeto social da Sociedade de Economia Mista deve ser exercido em observância à função social visando o alcance do bem-estar econômico e alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa estatal.

Quando o controle societário estabelece as diretrizes e finalidades da atuação da sociedade de economia mista, além do necessário sopesamento dos interesses privados, que envolvem os direitos do acionista minoritário e os interesses econômicos que se relacionam à situação financeira da empresa e, principalmente a finalidade pública a ser atingida com a execução de suas atividades, deverá a função social prevista no art. 27 da Lei nº 13.303/16, que instrumentaliza a atuação do interesse coletivo, bem como no atendimento ao interesse público deve estar alinhada seus objetivos e aqueles de políticas públicas (art. 8º, § 1º)

O exercício do controle, segundo de Alexandre Wagner Nester²⁶⁰, envolve contornos que vão além daqueles previstos a qualquer sociedade anônima. Na empresa estatal, a interferência do acionista controlador extrapola o interesse empresarial (ligado à obtenção do lucro), pois, a função social é permeada pelo interesse coletivo que ensejou sua criação.

Importante que tais conceitos se entrelacem de forma que a interpretação da Lei nº 13.303/16 congregue o somatório dos interesses que envolvem a sociedade de economia mista, sendo certo que o interesse maior é aquele voltado a sua função social e aos interesses públicos dela decorrentes.

O interesse público objetivado pelo acionista controlador e sua necessária vinculação ao seu objeto social, configura-se como evolução trazida pela Lei nº 13.303/16, principalmente o reforço à importância da profissionalização da gestão das sociedades de economia mista, com suas estruturas de controle e transparência que permitam maior fiscalização da atuação, tanto do Estado, quanto da empresa estatal, em prol do interesse público, presente formalmente em seus atos societários..

Nesse sentido, o art. 4º, § 1º da Lei nº 13.303/16 prevê como motivo de responsabilização do acionista controlador em caso de descumprimento de interesse público:

A pessoa jurídica que controla a Sociedade de Economia Mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidas na Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação. (BRASIL, lei 13.303, 2016, p. 02)²⁶¹

Ainda se mostra pertinente salientar que a transparência se configura como importante mecanismo de fiscalização da atuação do controle societário, especialmente em razão dos requisitos de transparência previstos pelo art. 8º da Lei nº 13.303/16. Isso porque, atos que configurem abuso de poder no exercício do controle societário, especialmente relacionados a interferências do acionista controlador que exorbitem os limites do interesse público descrito nos instrumentos sujeitos ao controle, acabam por impor ao controlador, maior cuidado e planejamento na verificação da compatibilidade de seus interesses com os do acionista minoritário, dos administradores e stakeholders.

²⁶⁰ NESTER, Alexandre Wagner. **The Importance of Interprofessional Practice and Education in the Era of Accountable Care**. 2016. N C Med. J. 2016 Mar-Apr;77(2):128-32. doi: 10.18043/ncm.77.2.128. Disponível em: <>. < <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/84504060/cristina-maria-melhado-araujo-lima/atualizacoes>>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

²⁶¹ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira²⁶², sustenta que a transparência privilegiará atuação do Estado sobre as sociedades de economia mista de forma planejada e, portanto, adstrita às diretrizes e negócios que necessariamente vinculam sua manutenção enquanto empresa estatal, sob pena de restar configurado abuso de poder do Estado enquanto acionista controlador.

Não resta dúvida de que o grande desafio do controle societário é equilibrar os dois interesses que coexistem das sociedades de economia mista. Com o advento do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais a relevância do interesse público e do interesse coletivo na condução das atividades da empresa, associada à exigência de maior transparência em sua atuação, ganha força. Isso acaba por contribuir para o reforço da lógica de que a contradição entre o interesse público e privado é contrária ao fortalecimento das sociedades de economia mista²⁶³.

A discricionariedade apta a justificar escolhas do acionista controlador pautadas no fundamento do interesse público ilimitado, utilizado como alicerce para decisões do controle societário arbitrárias, que por vezes ignoram o interesse privado do investidor e exorbitavam os limites de sua atuação, tem com a nova Lei, limitações relevantes à atuação do acionista controlador, que exigem maior responsabilidade do na condução da sociedade de economia mista.

A ausência de um sistema de governança pública nessas sociedades, contribui para que os órgãos societários fossem capturados pelos interesses governamentais, muitas vezes ausentes de crivo imparcial que redundasse na pertinência da política pública em relação aos resultados financeiros da sociedade ou, ainda, da aderência daquela atividade de interesse público com o objeto social da companhia, o que acabou redundando em maior ingerência do acionista controlador, sem necessariamente estarem pautadas em diretrizes condizentes com as atividades empreendidas pela empresa.

Vitor Schirato²⁶⁴ destaca que o Estado não pode utilizar seu poder para determinar decisões que importem em divórcio entre a finalidade que motivou a constituição da Sociedade de Economia Mista e a atividade por ela realizada.

²⁶² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **As licitações na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais): mais do mesmo?** Revista Colunistas de Direito do Estado, n. 230. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/as-licitacoes-na-lei-133032016-lei-das-estatais-mais-do-mesmo>> Acesso em: 7 ago. 2018.

²⁶³ Ressalta Jacintho Arruda Câmara que “na maioria das vezes a lucratividade da empresa constitui instrumento fundamental para a realização da atividade de interesse público com uma maior eficiência. E é essa busca do lucro, em prol da realização do interesse público, que constitui uma das principais justificativas para a opção pelo modelo empresarial na Administração Pública.” (CÂMARA, Jacintho Arruda, 2003, p.16-17)

²⁶⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p.148

Ainda, é necessário haver na atuação do acionista controlador, o sopesamento do direito dos acionistas minoritários que, como regra, se contrapõe aos interesses do Estado. O abuso de poder do Estado enquanto acionista controlador, principalmente na aferição do interesse público é, muitas vezes, arbitrário e por isso, motivador de desequilíbrios ou inconformidades na condução da política pública, podendo redundar em prejuízos financeiros para a sociedade de economia mista e, por conseguinte, em perda de sua credibilidade enquanto entidade empresarial.

Não se pode olvidar que a Lei nº 6.404/76 trouxe importantes avanços no estabelecimento de normas que responsabilizam a atuação do acionista controlador com abuso de poder, bem como recomendam que o exercício de suas atividades seja voltado ao interesse público. A Lei nº 13.303/16 representa uma evolução no estabelecimento do papel do acionista controlador das sociedades de economia mista, apesar de não trazer grandes novidades nessa seara.

Contudo com a nova Lei das Estatais e suas diretrizes de governança e referências constantes à necessária observância do interesse público e interesse coletivo, a atuação do acionista controlador e seus órgãos societários tem, agora, o desafio de se reinventar enquanto poder soberano e encontrar o limite da atuação pública e privada nessas sociedades, interpretados como interesses que se complementam.

Importante é que se reflita que a Lei nº 13.303/16, não trouxe novidade que signifique mudança dos rumos legislativos da atuação das sociedades de economia mista. A Lei apenas tornou mais evidente a importância da estruturação da atuação da empresa em regramento próprio, nos termos do disposto na CRFB/88, tornando-se a Lei das Sociedades Anônimas norma geral aplicável a essas empresas.

Acontece que, assim como a Lei nº 6404/76, a Lei nº 13303/16 pode não ser suficiente para se alcançar as “rédeas” para a constituição de uma empresa estatal, com seu objeto social e finalidades dele consequentes aderentes aos interesses públicos que tenham relação com sua atuação, de forma a de fato, justificar-se a manutenção de entidade empresária que ao mesmo tempo seja integrante da Administração Pública.

4.2.3 Profissionalização dos administradores: Lei nº 13.303/16 e a mudança de paradigma na gestão das sociedades de economia mista

Como tentativa de conferir maior confiabilidade ao mercado e visando consequente aumento da eficiência atrelada à transparência e lisura na atuação das companhias estatais, a

Lei de Responsabilidade das Estatais reforçou a relevância da participação e da responsabilidade de seus administradores²⁶⁵ e, em contrapartida, trouxe requisitos prévios à investidura de tais membros do conselho de administração e diretoria.

O art. 16 da Lei nº 13.303/16²⁶⁶, estabelece que o administrador das empresas públicas e sociedades de economia mista para além das regras dispostas na referida Lei, deve se submeter à Lei nº 6.404/1976, considerando administradores os membros do Conselho de Administração e Diretoria.

Isso quer dizer que prevalecem as regras do art. 138 da Lei das S.A., sendo competência da Diretoria a administração da Companhia, isoladamente ou se assim dispuser o Estatuto, em conjunto com o Conselho de Administração. No entanto, somente a Diretoria representa a companhia (art. 138, §1º). É compulsória a instalação do Conselho de Administração em companhias abertas e de capital autorizado (art. 138, §2º), assim como nas sociedades de economia mista (art. 239, *caput*).

Quanto às competências, o art. 142 da Lei das S.A. define as competências do Conselho de Administração, dentre as quais está a de eleger e destituir os diretores da Companhia e fixar-lhes as atribuições com observância das disposições estatutárias. A Lei das S.A., em seus artigos 140 a 160, dispõe sobre a forma de eleição dos Conselheiros e Diretores, impedimentos, remuneração, deveres e responsabilidades. Fica reservado ao Estatuto a definição do número exato de diretores, o modo de substituição, o prazo de gestão e a competência de cada um deles, conforme determina o art. 143 da Lei das S.A.

A grande inovação trazida pela Lei nº 13.303/16, fica a cargo do art. 17, § 1º, estabelecer requisitos prévios a serem atendidos pelos indicados a administradores das empresas estatais, o que configura o fortalecimento e aumento da relevância e efetividade da atuação desses órgãos societários nos resultados da empresa estatal.

A mudança se dá na medida em que são exigidos requisitos prévios para aferição da expertise/experiência pretérita destes profissionais em cargos que exijam similar atuação. O artigo divide-se em requisitos subjetivos e objetivos e Jessé Torres Pereira Junior, Juliano Heiner, Marinês Restellato Dotti e Rafael Maffini²⁶⁷ referem-se aos requisitos subjetivos sendo

²⁶⁵ CVM parecer de orientação nº 35 de 1/09/2008 e nº 36 de 23/06/2009. Tais pareceres reforçam a ideia de fortalecimento do papel dos administradores nas companhias e a consequente mitigação de poderes do controlador, o que se percebe na Lei 13.303/16, pelo reforço à figura dos administradores.

²⁶⁶ Art. 16. Sem prejuízo do disposto nesta Lei, o administrador de empresa pública e de sociedade de economia mista é submetido às normas previstas na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Parágrafo único. Consideram-se administradores da empresa pública e da sociedade de economia mista os membros do Conselho de Administração e da diretoria.

²⁶⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et. al. **Comentários à Lei das Empresas Estatais**: Lei 13.303/16. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.30

voltados à comprovação de reputação ilibada e notório conhecimento, cuja avaliação “pressupõe a interpretação jurídica e não propriamente a discricionariedade – cujo controle inclusive judicial se mostra plenamente possível.” Já os requisitos de natureza objetiva dispostos no artigo, se referem a formação e experiência das pessoas indicadas, aferíveis mediante comprovações documentais e que, portanto, são isentos de interpretação.

Os requisitos subjetivos, reputação ilibada e o notório conhecimento, devem ser atendidos cumulativamente, o que não significa dizer que estejam sujeitos à discricionariedade, já que, nesses casos, necessário para além da conveniência e oportunidade, que sejam verificadas as referidas condicionantes, cabendo sobre elas avaliação que respalde a opção, sob pena de nulidade na escolha do administrador.

A reputação ilibada diz respeito a aspectos morais, seja sob o ponto de vista da moral administrativa, seja da moral comum e, portanto, não se relaciona diretamente com a *expertise* profissional. Já o notório conhecimento, de acordo com Jessé Torres Pereira Junior, Juliano Heiner, Marinês Restellato Dotti e Rafael Maffini²⁶⁸ refere-se ao conhecimento suficiente do indicado, a ponto de ser por ele conhecido, devendo o conhecimento apresentado ter relação com os temas afetos à atividade empresarial da empresa estatal.

Já quanto aos requisitos objetivos, relacionados especificamente aos aspectos profissionais e funcionais do profissional indicado. Também são requisitos que devem ser atendidos cumulativamente, quais sejam: (i) experiência profissional mínima (art. 17, I, da Lei nº 13.303/2016); (ii) formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado (art. 17, II, da Lei 13.303/2016 e (iii) não enquadramento em qualquer das hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990²⁶⁹, com redação dada pela Lei Complementar nº 35/2010.

Quanto à comprovação de experiência profissional, a Lei nº 13.303/16 determina que o indicado tenha alternativamente mínimo de:

- (i) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da Sociedade de Economia Mista ou em área conexas àquela para a qual forem indicados em função de direção superior (art. 17, I, a);
- (ii) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:
 - 1) cargos de direção ou chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa ou Sociedade de Economia Mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos dois níveis hierárquicos superiores não estatutários mais altos da empresa;
 - 2) cargo em comissão ou função equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

²⁶⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et. al. **Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei 13.303/16**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.30

²⁶⁹ Lei Complementar 64 de 18/05/18 dispõe de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, os casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Os casos de inelegibilidade estão previstos em seu art. 1º.

- 3) cargo de docente ou pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da Sociedade de Economia Mista;
- 4) quatro anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou Sociedades de Economia Mista (art. 17, I, b).

Soma-se a isso, a exigência de formação acadêmica compatível com o cargo e o não enquadramento nas hipóteses legais de inelegibilidade previstas na Lei Complementar 64 de 18 de maio de 1990.

Ainda, para além dos requisitos a serem observados para ingresso como administradores, devem ainda, no exercício de suas atribuições, nos termos de seu art. 8º, § 1º atuarem em linha com seus objetivos empresariais e aqueles de políticas públicas, justificadores de sua criação enquanto entidade da Administração Pública.

Há ainda importantes vedações taxativas dispostas no art. 17, § 2º, especificamente relacionadas à indicação de membros para o conselho de administração e diretoria que, ao serem aplicadas conjuntamente com os pré-requisitos para indicação, tornam-se medidas de relevante impacto na qualificação e isenção na atuação desses órgãos, seja do ponto de vista político partidário, seja em decorrência de conflito de interesses ou que, de alguma forma, possam exercer influência sobre as deliberações da estatal, como é o caso da proibição de indicação de pessoa que tenha exercido cargo em organização sindical (BRASIL, art. 17, § 2º, III, p.06).

O intuito das vedações é minimizar também o risco de decisões dissonantes e ou conflituosas com os interesses da sociedade e de seu papel no contexto estatal. Assim, em geral, as vedações²⁷⁰ se prestam a inibir a corrupção e o tráfico de influência, com a participação daqueles que, de alguma forma, possam trazer interferências político partidárias, ou que

²⁷⁰ Art. 17

(...)

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II - De pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV - De pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

V - De pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

possuam interesses conflitantes tanto com o ente controlador quanto com a própria empresa controlada.

Especificamente em relação às sociedades de economia mista, a importância da exigência de pré-qualificações para escolha dos administradores, bem como as vedações, para além dos motivos acima explicitados busca reduzir a interferência ilimitada do Estado, enquanto acionista controlador, nos rumos de atuação da empresa, e assim promover maior equilíbrio entre o interesse público e privado, com diretrizes e planos de atuação mais bem estruturados.

Ressalta-se que não se está defendendo a ausência de interferência do Estado nas diretrizes e ações a serem adotadas pelas sociedades de economia mista, mas sim, está-se afirmando que a ingerência consubstancia em escolha de administradores que possuam vinculação partidária ou ainda ligados ao primeiro escalão do Poder Executivo, independentemente do preenchimento dos requisitos de pré-qualificação exigidos pela Lei, comprometem a isenção necessária para que seja avaliada a pertinência do interesse público, pautado em fundamentos jurídicos e técnicos que sejam capazes de fundamentar as decisões.

Inegável ainda que, além dos critérios e vedações acima explicitados para escolha dos administradores das empresas estatais, que evidentemente conferem moralidade, transparência e profissionalização da gestão das companhias, não se pode ignorar que a solução, por si só, não será capaz de resolver o problema de desvirtuamento dos objetivos públicos em sacrifício aos interesses privados legitimamente protegidos.

Assim, o ganho de autonomia, profissionalização e, por conseguinte, eficiência nessas sociedades empresariais pode vir acompanhado de um distanciamento do interesse público, transformando essas empresas em privadas, mas integrantes da Administração Pública, o que seria uma anomalia jurídica.

Ainda, poder-se-ia imaginar que a necessidade de resultados econômicos e financeiros positivos pode significar risco de captura desses profissionais pelo mercado privado, uma vez que, premidos pelo objetivo mediato de lucro, se vejam cada vez ligados à investimentos com conotação concorrencial que não necessariamente estejam ligados à finalidade de interesse público que deveria nortear sua atuação.

É bem verdade que a citada Lei²⁷¹ exige que sejam explicitados na carta anual os compromissos para atendimento aos objetivos de políticas públicas pelas sociedades de

²⁷¹ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

economia mista e suas subsidiárias, em atendimento do interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional previsto em seu objeto social, mas não basta a previsão em documentos públicos dos objetivos almejados pela estatal, caso o controle não esteja alinhado com o interesse público a ser alcançado.

Nesse sentido, Vítor Pinto²⁷² diz que haveria risco de que determinados projetos e soluções aventadas pela sociedade de economia mista, em certa medida, acabem distanciando o Estado de sua administração.

Ainda, o interesse público enquanto finalidade, pode atingir certa abstração, ou seja, a depender dos interesses da empresa estatal, podem ser inseridos objetivos que, não obstante terem relação com o objeto social da empresa, não mantenham relação com finalidade de interesse público objetivado pelo Estado.

Seria, no entanto, temerário não reconhecer o expressivo avanço trazido pela Lei, mas, ao mesmo tempo não é possível que se ignore a possibilidade de que mesmo uma gestão profissionalizada e comprometida com as metas e resultados econômicos das sociedades de economia mista, não tenham o conhecimento e respaldo necessário para a averiguação do interesse público objetivado pela companhia. Destaca-se ainda, o fato de não se reconhecer quais os limites para que tal interesse, do ponto de vista econômico financeiro, acomode-se aos resultados necessários à subsistência da empresa, considerando-se inclusive os interesses dos acionistas privados.

A dificuldade na compreensão de quais são os interesses públicos a serem considerados nas estatais é desafio complexo, por ser pouco corriqueiro e palpável, até aos mais experientes administradores privados.

4.3. Controle interno

Não resta dúvida que a Lei nº 13.303/16 ao trazer a governança corporativa como reforço à transparência e aos mecanismos de controle, atrelados à profissionalização dos administradores das sociedades, como forma de atribuir executoriedade a toda a estrutura

Municípios. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

²⁷² PINTO, Vítor Mendes Costa **Revista de Direito Mercantil** 166/167, Editora Malheiros, p.207, 2018.

idealizada pela Lei, confere certo “protagonismo” à atuação do controle, especialmente o interno. (PACHECO E SILVA, 2018, p. 314).²⁷³

O Estatuto Jurídico das Estatais privilegia a estrutura organizacional dessas entidades, especialmente quanto às regras gerais atinentes à transparência, (art. 8º), governança corporativa (art. 8º, inc. III e VIII) e estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno (art. 9º), deixando evidente a interligação entre elas e a impossibilidade de, sob pena de torná-las sem efeito, serem avaliadas de forma estanque e dissociadas do contexto sistêmico em que se insere a Sociedade de Economia Mista.

O controle interno, nos termos do art. 9º deverá adotar regras que abranjam: (i) a ação dos administradores e empregados, por meio da implementação de práticas de controle interno (ii) área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e gestão de riscos e (iii) auditoria interna e comitê de auditoria estatutário, práticas que se prestem a garantir atuação responsável e controlada pelas empresas estatais, e que, associadas à transparência contribuam para o estabelecimento de vínculo formal e de responsabilidade aos administradores, inibindo eventuais práticas inidôneas, motivo principal do estabelecimento de regras de *compliance*²⁷⁴.

Contudo, importante salientar que o papel do controle interno das sociedades de economia mista vai muito além do estabelecimento e verificação do cumprimento de regras corporativas pela sociedade em prol da garantia de maior transparência e lisura em suas relações. Possui ainda, participação relevante no estabelecimento de normas que contribuam para o desenvolvimento da atuação da empresa tanto em conformidade com as condições e diretrizes econômico-financeiras quanto com os objetivos voltados à consecução de políticas públicas.

Por isso, acertada a perspectiva de que caiba ao controle interno, assessorado pela transparência, materializada no art. 8º, de verificação, no caso concreto, da aderência societária aos objetivos ligados à consecução de políticas públicas.

Todavia controle interno não é panaceia que, por si só, evitará todos os problemas de desvios, fraudes e malversação do patrimônio público, uma vez possuem limitações a ele inerentes especialmente o fato de serem estabelecidos para governar os acontecimentos dentro da organização, que tenham potencial para impactar em seus objetivos. (TCU, 2009, p. 61)²⁷⁵

²⁷³ PACHECO E SILVA, Maria Hermínia Penteado. **Estatuto jurídico das empresas estatais**. 2018. Disponível em: < <http://editoracontracorrente.com.br/pdf/livro32.pdf>>. Acesso em: 12 de dez. 2018.

²⁷⁴ Segundo CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p.30: *compliance* “é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários.”

²⁷⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Controle interno na administração pública – TCU**. 2009. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCUCU/article/view/250/236>>. Acesso em: 1 de jan. 2018.

Poder-se-ia afirmar que, como o controle interno é limitado por seu universo de atuação e, portanto, não seria capaz de aferir a comprometimento do Estado (acionista controlador) com os objetivos que transcendem a administração da entidade não é, em sua integralidade, verdade.

O controle interno das empresas estatais ao atuar buscando reduzir a incerteza do controle externo sobre a atuação interna da empresa, acaba fornecendo subsídios importantes para que seja possível a aferição de todas as partes interessadas, tanto no que se refere aos objetivos empresariais, quanto públicos a que a empresa está vinculada.

Assim, o exercício do controle interno voltado a verificação do atendimento aos objetivos internos da Sociedade de Economia Mista deve verificar, inevitavelmente, a execução das atividades e seus fluxos procedimentais cujo objetivo finalístico deve ser o atendimento do interesse público.

Há, todavia, limites que devem ser observados pelo controle interno, conforme previsto no art. 89 da Lei nº 13.303/16, segundo o qual a atuação do controle não poderá ensejar redução ou supressão da autonomia conferida pela lei que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente à sua natureza²⁷⁶.

Quanto ao controle externo, Maria Hermínia Pacheco e Silva²⁷⁷ pondera que não há mudanças relevantes em sua atuação, não havendo alterações ou adaptações relevantes na forma de fiscalização pelos órgãos de controle interno de cada esfera de governo, o Tribunal de Contas e a coletividade. Os artigos 85 a 90 do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais tratam da fiscalização exercida pelo controle externo, inclusive com a participação da sociedade.

Nesse âmbito, a Lei não cria novos controles, apenas explicita que o controle externo é formado pelo Tribunal de Contas, pelo Ministério Público, Comissão de Valores Mobiliários, para as empresas que atuam junto ao mercado de capitais e aos órgãos a que as sociedades empresárias se vinculam por coordenação no âmbito da Administração Pública Direta.

Eurico Bitencourt Neto²⁷⁸ explica que a efetividade do controle externo, especialmente em relação ao controle social tende a torna-lo mais participativo, dada a noção cada vez mais

²⁷⁶ SILVA, Maria Hermínia Penteadó Pacheco. O controle das Empresas Estatais. In: Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, (coord) POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ed. Contracorrente. 2018

²⁷⁷ PACHECO E SILVA, Maria Hermínia Penteadó. **Estatuto jurídico das empresas estatais**. 2018. Disponível em: < <http://editoracontracorrente.com.br/pdf/livro32.pdf>>. Acesso em: 12 de dez. 2018.

²⁷⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **A Administração Pública concertada**. In: A Prevenção da Corrupção e outros desafios à boa governança da Administração Pública. GOMES, Carla Amado, Ana Fernanda NEVES; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord). Ed. Instituto, de Ciências Jurídico- Políticas – CIP e Centro de Investigação de Direito Público – CIDP, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, março 2018.

necessária de uma administração pública dialógica e amadurecida, em sintonia com a transformação da Administração contemporânea²⁷⁹, expressa na revalorização dos particulares e as instituições na realização do interesse público.

4.4 Transparência

A transparência trata-se de uma importante diretriz da governança corporativa, especialmente responsável por conferir um arcabouço legal e regulatório para as empresas estatais²⁸⁰. O art. 8º da Lei nº 6.404/76 citado por Patrícia Pires Cardoso²⁸¹, já trazia várias exigências e requisitos voltados à transparência na criação e atuação das sociedades de economia mista.

Segundo o Tribunal de Contas da União em Relatório Sistemático sobre Transparência Pública²⁸² publicado em 2018 a transparência exerce um papel fundamental no combate a corrupção, além de propiciar contribuição tempestiva da sociedade e dos órgãos de controle no fornecimento de elementos para que o Estado seja cada vez mais eficiente.

O Relatório Sistemático contém uma consolidação dos resultados do Tribunal de Contas da União (TCU) em relação ao tema transparência, permitindo identificar os avanços e desafios enfrentados pela Administração Pública no alcance da governança. Segundo a conclusão apresentada, a falta de transparência nas organizações públicas possibilita a ocorrência de desvios e fraudes e muitos dos problemas encontrados poderiam ter sido evitados, caso

²⁷⁹ Eurico Bitencourt Neto, afirma que “entre as grandes transformações por que passou a Administração Pública pós-liberal está a valorização da participação, da negociação e da busca de consenso nos procedimentos de decisão administrativa, fenômeno que se pode chamar de administração concertada.” Ainda segundo o autor, se a Administração contemporânea busca valorização dos particulares e das instituições da sociedade, necessário o reconhecimento de novos meios e de novas condicionantes para a busca dos fins constitucionais, sem que se reconheça no Estado o detentor do monopólio da concretização do interesse público, abrindo-se instrumentos de participação de particulares nos processos de decisão pública. (2018, p. 10 e13)

²⁸⁰ Conforme relatado por Joaquim Rubens Fontes Filho e Lidice Meirelles Picolin, as Diretrizes da OCDE para governança corporativa de empresas estatais propostas em 2005, preveem uma estrutura legal e regulatória efetiva para as empresas estatais, quais sejam: (i) Estado atuando como proprietário; (ii) equidade no tratamento de acionistas; (iii) relações com stakeholder; (iv) **transparência e abertura de informações** (disclosure) e (v) responsabilidade dos conselhos. (2008, p. 1172)

²⁸¹ CARDOSO, Patrícia Pires. **Descentralização das atividades estatais e a superação do conceito subjetivo de administração pública**. 2017. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2622&revista_caderno=4>. Acesso em: 11 de nov. 2018. p.3

²⁸² Relatório sistêmico sobre Transparência Pública TCU. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload>. Acesso em 07.03.2019 -

houvesse transparência nos processos utilizados, na motivação dos atos e compreensão da tomada de decisão.

A transparência integra o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, sendo importante instrumento à efetividade da governança corporativa, na medida em que, por meio do acesso simétrico à informação, podem ser adotadas ações que privilegiem a supervisão das atividades da estatal e favoreçam o exercício do controle interno, na medida em que possibilitam o acesso às informações, favorecendo a tomada de decisões responsivas.

Seguindo o estabelecido quanto a forma de acesso e aquisição de informações públicas, o art. 8º, § 4º da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11) é a de que “os documentos resultantes do cumprimento dos requisitos de transparência constantes dos incisos I a IX do caput, deverão ser publicamente divulgados na internet de forma permanente e cumulativa.

Já o § 1º do art. 85, confere aos órgãos de controle amplo acesso pra realização de sua atividade fiscalizatória, concedendo acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, abrangendo inclusive os documentos classificados como sigilosos.

A transparência traduz-se na Lei nº 13.303/16, especificamente nos requisitos mínimos exigidos pelo art. 8º da Lei nº 13.303/16 conduzem à melhor gestão do controle, principalmente o societário. Assim, para garantia de seu adequado e eficaz exercício são exigidas as seguintes providências²⁸³:

- (i) elaboração de carta anual subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pelas empresas estatais em atendimento ao interesse público e ao imperativo de segurança nacional;
- (ii) adequação do estatuto social à autorização legislativa de sua criação;
- (iii) divulgação de política de divulgação de informações;
- (iv) elaboração de política de dividendos em conformidade com o interesse público que justificou a criação da empresa estatal;
- (v) divulgação de demonstração financeiras, de dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução do interesse coletivo;
- (vi) elaboração e divulgação de política de transação com partes relacionadas e divulgação ampla, ao público em geral de carta anual de governança e divulgação anual do relatório de sustentabilidade.

A transparência na Lei das Estatais não se confira o dever passivo, em que a empresa informa algo apenas se for perguntada a respeito, é dever ativo, que envolve a necessidade de

²⁸³ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

comunicar, de modo institucional e regular, todas as informações relevantes acerca do funcionamento dessas empresas. É um dever multifacetado.²⁸⁴

Pode-se depreender que a transparência na Lei das Estatais ganha contornos evidentes de concretude, na medida em que uma série de ações encadeadas devem ser realizadas, de forma a conferir efetividade ao exercício da transparência, já que não basta a disponibilização de informações desconstruídas e ainda, que não permitam que seja avaliada toda a conjuntura de interesses e decisões que circundam a empresa estatal.

Segundo Luciano Ferraz²⁸⁵, um dos aspectos significativos da Lei nº 13.303/16 foi “pormenorizar as regras de fiscalização e transparência na governança corporativa das empresas estatais, de forma a evitar conflitos de interesses e permitir controle tempestivo das decisões estratégicas”.

Por esta razão, a transparência configura-se como importante mecanismo tanto à disposição do controle, quanto de proteção da empresa em relação ao interesse econômico quanto ao interesse público. Além do resultado da transparência verificado no controle interno, inegável que sua grande contribuição se encontra especialmente no controle social, que se utiliza dessa ferramenta para fiscalização da atuação da Administração Pública.

Independente do arcabouço legal criado com a Lei nº 13.303/16, para que a transparência cumpra sua finalidade para além de disponibilizar documentos, é necessário que a mudança envolva a compreensão, tanto social, política e econômica do papel e dos limites da atuação dessas empresas no cenário nacional.

A Lei 13.303/16 configura-se como medida legislativa que reforça a importância da transparência como requisito para a concretização de atividades que se não existentes nas estatais, precisam ser agora elaboradas e divulgadas, de forma a favorecer a profissionalização e fiscalização da sociedade de economia mista.

4.5 Objetivação conceito de “interesse coletivo” trazido pela Lei n.º 13.303/16

A Lei das Estatais em seu art. 2º, como reforçam Carolina Chagas e Maria Tereza Dias²⁸⁶ conjuga a previsão do art. 37, XIX e art. 173, § 1º da CRFB/1988 ao prever que a exploração

²⁸⁴ <https://www.zenite.blog.br/transparencia-nas-estatais>.

²⁸⁵ FERRAZ, Luciano. **Novo estatuto das empresas estatais é constitucional**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-constitucional>>. Acesso em: 13 de dez. 2018.

²⁸⁶ CHAGAS, Carolina F. Dolabela; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da lei nº 13.303/2016** (“estatuto jurídico das

da atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, estabelecendo ainda, a necessidade de junto à lei que autoriza sua criação, haja indicação expressa do interesse coletivo e imperativo de segurança nacional que justifique sua atuação.

Segundo Marçal Justen Filho²⁸⁷, as leis que autorizam a criação de empresas estatais, devem prever expressamente, com a Lei nº 13.303/16, o relevante interesse coletivo que subsidia sua criação, com base na conceituação da atividade a ser desempenhada. Isso significa que se encontra vedada a existência de previsões genéricas e indeterminadas, que não esclareçam o pressuposto invocado, devendo explicitar seu conteúdo, inclusive com pressupostos fáticos que demonstrem que o exercício da atividade possui interesse coletivo apto a redundar no alcance de sua finalidade pública.

Importante salientar ainda a redação do art. 27, segundo o qual a função social dessas entidades consistirá na “realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo de segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para sua criação.”

O parágrafo 1º e 2º do referido artigo determina que o interesse coletivo deve ser orientado para o alcance de finalidades que observem os seguintes pressupostos: (i) bem estar econômico; (ii) alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela estatal; (iii) ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços; (iv) desenvolvimento de emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços, sempre de maneira economicamente justificada; (v) adoção de práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado nas entidades que atuam.

Importante aqui enaltecer que o interesse público e o interesse coletivo, direcionadores e ao mesmo tempo limitadores da atuação da empresa estatal, com maior enfoque, neste trabalho, às sociedades de economia mista, são premissas já previstas na Constituição da República Federativa de 1988²⁸⁸ mas, que necessitavam de regulamentação por Lei, nos termos do texto constitucional, que fosse capaz de estabelecer parâmetros direcionadores da atuação desses conceitos jurídicos indeterminados, de forma a contribuir para gestão mais eficiente

estatais”). 2018. Disponível em: < www.indexlaw.org/index.php/revistadssus/article/view/4139 >. Acesso em: 11 de maio 2018. p.12

²⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária em empresas privadas**. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). Estatuto jurídico das empresas estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39-57.

²⁸⁸ Art. 173, caput e § 1º da CRFB1988

dessas sociedades e, ao mesmo tempo, estabelecer diretrizes que respeitem tanto o contexto empresarial, quanto o social atrelado a essas entidades.

Como exemplo da dificuldade e ainda, da ausência de clarividência quanto aos limites da insurgência das sociedades de economia mista na exploração da atividade econômica tem-se, como exemplo, a exploração da atividade de certificação digital²⁸⁹ por sociedades de economia mista voltadas à atividade de tecnologia da informação.

Especificamente a Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais, desde o ano de 2004 atua na atividade econômica de venda de certificados digitais, sendo no âmbito da Administração Pública estadual sua a competência exclusiva para fornecimento aos servidores públicos²⁹⁰.

Segundo a Lei Estadual 6003/1974, que autoriza a sua criação, não há, em seu objeto social²⁹¹ atividade diretamente relacionada à certificação digital, não obstante ser possível compreender que se enquadram no contexto do objeto social da empresa, que em última instância é a tecnologia da informação.

²⁸⁹ A **Certificação Digital** é a tecnologia que permite que as transações eletrônicas sejam realizadas com segurança, por meio de algoritmos matemáticos capazes de garantir que as informações sejam manipuladas com autenticidade, integridade e confiabilidade. Serviços governamentais como tramitações eletrônicas de documentos oficiais também têm sido amplamente utilizados. E-mails, envios de documentação, abertura e fechamento de negócios, entre uma série de outras aplicações fortalecem a importância do **Certificado Digital** e a tendência futura em utilizá-lo como um importante documento na autenticidade das informações, na agilidade das transações, na redução da burocracia e dos custos, além de tantas outras vantagens.

²⁹⁰ Decreto Estadual 43.888/2004 de 05/10/2004 dispõe sobre a utilização de certificado digital no âmbito da administração pública.

²⁹¹ Art. 2º - A PRODEMGE tem por objeto: I - executar, em caráter privativo, por processos-mecânicos, eletromecânicos ou eletrônicos, serviços de processamento de dados e tratamento de informações para os órgãos da administração direta e indireta; II - executar, mediante convênios ou contratos, serviços de processamento de dados para órgãos ou entidades da União e dos Municípios; III - prestar assistência técnica aos órgãos da administração pública em geral; IV - exercer as funções de órgão central do Sistema Estadual de Reforma Administrativa, tal como definido no Decreto nº 14.359, de 3 de março de 1972; V - prestar a pessoa física ou jurídica de direito privado serviços de informática necessários para tornar disponíveis: 2) bases de dados, públicas ou privadas, que estejam sob sua guarda, ou que por ela transitem, mediante autorização do órgão proprietário; b) serviços de computação, em caráter emergencial, em caso de falha ou de falta de condições de operação dos recursos computadorizados dessas empresas. (Inciso acrescentado pelo art. 1º da Lei nº 12.325, de 7/10/1996.) VI - prestar serviços de impressão a terceiros, notadamente de revistas, livros e coletâneas de leis, quando presente o interesse público; (Inciso acrescentado pelo art. 183 da Lei nº 22.257, de 27/7/2016.) VII - gerir estruturas e sistemas de recepção e transmissão de sinal de telecomunicação e de radiodifusão. (Inciso acrescentado pelo art. 183 da Lei nº 22.257, de 27/7/2016.)

À princípio poder-se-ia afirmar não haver inconstitucionalidade no exercício de tal atividade pela empresa estatal, primeiro porque pertinente ao seu objeto social, apesar de não expressamente previsto e ainda pela ausência de qualquer prejuízo aos princípios constitucionais norteadores da ordem econômica, quais sejam livre iniciativa e ampla competitividade nessa atuação, uma vez que a atividade está sendo exercida a preços de mercado competitivos e sem qualquer subvenção pública que pudesse interferir no comportamento mercadológico da atividade.

Acontece, por outro lado que, quando a decisão da administração da Companhia²⁹² de exploração de tal atividade, apesar de genericamente aderente ao seu objeto social, aproximar-se mais da atividade privada, já que configura promissora oportunidade de negócio e não, ao contrário, decorrendo da necessidade do Estado em incrementar/incentivar à exploração de determinado mercado ainda incipiente, de forma a justificar a sua intervenção, restando inviabilizada a demonstração da finalidade pública objetivada. Ainda, dificulta a aferição da relação da atividade com a finalidade pública, o fato de não se encontrar-se expressamente prevista a finalidade de interesse público objetivado com o seu exercício, o pode redundar em dúvidas sobre a possibilidade, do ponto de vista constitucional, de sua exploração.

Conforme carta anual referente ao ano de 2017 publicada no *site* oficial da Companhia, em cumprimento ao disposto no art. 8º, I da Lei nº 13.303/16, essa atividade encontra-se descrita no item: “Principais soluções para gestão pública”, no qual se encontram atividades classificáveis como meio para o desenvolvimento da atividade pública. A atividade encontra-se assim descrita:

A Prodemge é uma Autoridade Certificadora (AC) de segundo nível, devidamente autorizada pelos órgãos competentes para realizar a emissão, renovação e revogação de certificados digitais. Está credenciada desde 2004 pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI) para a emissão de certificados digitais padrão ICP-Brasil e também pela Receita Federal do Brasil como uma Autoridade Certificadora, estando autorizada e devidamente habilitada a emitir certificados para a Administração pública, contribuindo para a diminuição de custos, otimização dos processos e redução da burocracia do Estado. Foram distribuídos estrategicamente pontos de atendimento em todas as regiões do Estado de Minas Gérias por meio da Autoridade de Registro (AR) Jucemg, vinculada à Autoridade Certificadora Prodemge (AC Prodemge), para validação e emissão de certificados digitais ICP-Brasil. Após a implantação da certificação digital como uma Autoridade Certificadora de 2º nível, identificou-se a necessidade e a oportunidade de avançar verticalmente neste negócio. A partir de 2015 iniciou-se uma nova era do negócio de certificação digital na empresa: se tornar uma Autoridade Certificadora de 1º nível (AC 1), e um Prestador de Serviços de Suporte (PSS) para novas Autoridades de 2º nível. O projeto é complexo e conta com a participação de uma equipe multidisciplinar, que trabalha

²⁹² Não foram encontradas atas de reuniões conselho de administração ou atas de reuniões de diretoria que tratem do assunto nos canais de transparência pública disponibilizados pela Empresa. (www.prodemge.gov.br/governanca).

integrada para a viabilização de uma série de ações, em diferentes frentes, viabilizando sua implantação integral em 2018.²⁹³

Perceba-se que o famigerado interesse público, mesmo após a Lei n.º 13.303/16, ainda abarca situações que se encontram em zona cinzenta que ficarão, como prevê a noção de conceito jurídico indeterminado sujeitas não apenas às diretrizes objetivas dispostas pela referida Lei, mas sujeitas à discricionariedade do seu intérprete, dado o caso concreto.

Há ainda outra interessante hipótese a ser verificada, ainda no próprio Estado de Minas Gerais, de intervenção econômica do Estado por meio de sociedade de economia mista. Trata-se da Companhia de Saneamento Básico de Minas Gerais- COPASA²⁹⁴ que, por meio de empresa subsidiária ampliou o âmbito de atuação da empresa — poder-se-ia inclusive suscitar discussão acerca da pertinência do objeto da subsidiária com o objeto social da Copasa, o que não será aqui aprofundado — visando a exploração econômica dos recursos hidrominerais do Estado, inclusive dos parques de águas, traduzindo-se o objeto social da empresa em venda de água mineral.

Entre os exemplos suscitados, há diferença relevante entre a atividade de certificação digital realizada pela Companhia de Tecnologia de Minas Gerais - Prodemge e a exploração de recursos hidrominerais pela Copasa, qual seja, a explicitação, em Lei, do interesse público objetivado com a exploração da atividade, mesmo que diretamente não guarde relação com o interesse coletivo previsto no objeto social da Copasa.

²⁹³ PRODEMGE. **Governança corporativa**. Disponível em: <www.prodemge.gov.br/governanca/carta-anual>. Acesso em: 3 de jan. 2019.

²⁹⁴ Estatuto Social Companhia de Saneamento Básico de Minas Gerais - COPASA Denominação, Sede, Prazo e Objeto

Artigo 1º A Companhia de Saneamento de Minas Gerais - COPASA MG sociedade de economia mista por ações, de capital autorizado, sob controle acionário do Estado de Minas Gerais, constituída nos termos da Lei nº 2.842, de 5 de julho de 1963, tem como competência planejar, executar, ampliar, remodelar e explorar serviços públicos de saneamento básico, com vistas a contribuir para o bem estar social e para a melhoria da qualidade de vida da população.

Parágrafo único: Para os efeitos deste Estatuto considera-se saneamento básico o conjunto de serviços, infraestrutura e instalações operacionais de: I -abastecimento de água potável, constituído pelas atividades necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição; II- esgotamento sanitário, constituído pelas atividades de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequada dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; III -limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, constituídos pelas atividades de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e da limpeza de logradouros e vias pública. <http://www.copasa.com.br/wps/portal/internet/a-copasa/portal-da-transparencia/estatuto-social/acesso> em 10.01.2018

Ressalte-se que tal objeto social permanece sem alterações legislativas desde a criação da subsidiária até os dias atuais.

Assim, segundo a Lei Estadual nº 16693/07²⁹⁵, a exploração econômica dos recursos hidrominerais pela subsidiária da Copasa, fica condicionada à realização de investimentos em (i) saneamento, recuperação e preservação ambiental permanente das fontes exploradas e das respectivas áreas de recarga; (ii) monitoramento qualitativo e quantitativo sistemático das águas minerais das fontes exploradas e, ainda; (iii) o lucro líquido da subsidiária de que trata esta Lei será aplicado em saneamento, preferencialmente nos Municípios de sua área de abrangência.

Já quanto à certificação digital, tal atividade insere-se no contexto do objeto social da Prodemge, estando portanto, relacionada ao interesse coletivo que justifica sua criação, mas não há relação com a finalidade de interesse público que deve ser atingida com a exploração da atividade, a não ser que se reverta o lucro da atividade em políticas públicas atinentes ao objeto social da Companhia.

Verifica-se que há evidente dificuldade, na definição da finalidade de interesse público das sociedades de economia mista analisadas: (i) deve estar ligada diretamente ao interesse coletivo disposto em objeto social, redundando seu exercício em atendimento ao interesse público ou; (ii) poderia estar indiretamente relacionada ao interesse coletivo explicitado nas atividades constantes em seu objeto social, sendo importante que a finalidade pública seja alcançada com o exercício daquela atividade ou, ainda; (iii) a atividade exercida não tenha relação direta com o objeto social da empresa (interesse coletivo), mas reste demonstrado o atendimento do interesse público almejado.

Isso poderia significar, com base nos exemplos acima explicitados que o resultado do desempenho da atividade de relevante interesse coletivo pode não guardar relação direta com seu exercício, como no caso da exploração hidromineral de águas pela subsidiária da Copasa, mas seus rendimentos certamente seriam revertidos diretamente em atividades de interesse público atinentes ao objeto social de sua controladora, conforme inclusive expressamente previsto na Lei que autoriza a criação da subsidiária quanto a finalidade pública a que está relacionada.

No caso da Prodemge — os recursos advindos da certificação digital, de forma menos transparente, já que não há previsão específica quanto a utilização desses recursos para fins de interesse público — poder-se-ia entender que poderiam ser revertidos à sua sustentabilidade financeira, como meio para o atendimento da finalidade pública ou seja, como atividade voltada

²⁹⁵ MINAS GERAIS. Lei nº 16693, de 11 de janeiro de 2007. **Autoriza a criação de empresa subsidiária da companhia de saneamento de Minas gerais - COPASA-MG.** Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:minas.gerais:estadual:lei:2007-01-11;16693>>. Acesso em: 2 de jan. 2019.

a contribuir para a saúde financeira da empresa e garantir a continuidade da prestação de serviços eminentemente voltados a consecução de políticas públicas. Ou ainda, poder-se-ia sustentar, enquanto administrador da sociedade empresária, que a previsão de utilização da receita gerada, estaria expressamente vinculada à finalidade pública prevista em documento relacionado à transparência.

Certo é que a Lei nº 13.303/16 não conferiu aos administradores, nem à governança corporativa e muito menos ao acionista controlador, diretrizes objetivas sobre a obrigatoriedade de relação direta entre o interesse coletivo e a finalidade pública a ser alcançada.

Dessa forma seria possível entender-se que naquelas hipóteses em que a atividade se encontra em zona híbrida, desde que atendido o interesse público previsto na carta anual de governança, mesmo que não esteja diretamente relacionado a atendimento direto do interesse público, mas seja meio para sua consecução, seja revertido em política pública.

Contudo, não parece ser possível a análise da aplicabilidade do conceito relevante interesse coletivo sem que se faça um recorte temporal em sua incidência, devendo-se, conforme explicitado por Carolina Dolabela Chagas e Maria Tereza Fonseca²⁹⁶, analisar-se as empresas antes e após a vigência da Lei 13.303/2016.

Nas empresas criadas antes da Lei nº 13.303/16, o relevante interesse muitas vezes mostrava-se implícito em seu objeto social, sendo possível que o interesse não mais subsistisse, mas diante de sua subjetividade, passava a ser desempenhado como atividade eminentemente privada, já que diante de mudanças econômicas e sociais ao longo do tempo determinada atividade não mais persiste seja como de relevante interesse coletivo, passível de exploração pelo Estado.

Por isso, segundo Carolina Chagas e Maria Tereza Dias²⁹⁷, para as empresas constituídas antes da Lei 13.303/16 em que a obrigatoriedade do interesse coletivo encontra-se implícita em seu objeto social, não se deve, a priori considerar, a atividade exercida como inapropriada ou até mesmo inconstitucional, desde que em seu exercício sejam observados os princípios e direitos fundamentais que norteiam a Ordem Econômica na Constituição da

²⁹⁶ CHAGAS, Carolina F. Dolabela; DIAS, Maria Tereza Fonseca. O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da lei nº 13.303/2016 (“estatuto jurídico das estatais”). 2018. Disponível em: < www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/4139 >. Acesso em: 11 de maio 2018. p.9

²⁹⁷ CHAGAS, Carolina F. Dolabela; DIAS, Maria Tereza Fonseca. O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da lei nº 13.303/2016 (“estatuto jurídico das estatais”). 2018. Disponível em: < www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/4139 >. Acesso em: 11 de maio 2018. p.11

República para que possam ser aplicados os remédios jurídicos cabíveis, obrigando que a finalidade pública seja efetivamente alcançada.

E complementam:

Assim, dada a indeterminação conceitual que permeia a expressão “relevante interesse coletivo” especialmente nas empresas criadas até o advento da nova Lei das Estatais, a análise de sua observância, necessariamente, precisa levar em consideração não só a pertinência direta de sua atuação em relação ao seu objeto social mas, principalmente, o atendimento ao interesse público alcançado com aquela atuação que, inexoravelmente deve proporcionar, mesmo que por meio do resultado “lucro”, a consecução de políticas públicas que agreguem resultados positivos para a sociedade. (CHAGAS, DIAS, 2018, p.12)²⁹⁸

Alexandre Santos de Aragão²⁹⁹, no entanto, entende que se a atividade for eminentemente privada, ou seja, sua finalidade principal for a obtenção de lucro, não poderia ser exercida pela empresa estatal. O mero interesse na obtenção de lucro não pode justificar a atuação do Estado na economia sob a fundamentação do art. 173 da CRFB/1988, porque, segundo o autor, se assim fosse admitido, estar-se-ia invertendo a lógica do dispositivo constitucional.

Contudo, de forma a estabelecer raciocínio parcimonioso e mais aderente à realidade das empresas estatais no Brasil, Aragão³⁰⁰ continua:

Menor rigor deve a nosso ver existir no aproveitamento para mera obtenção de lucro de oportunidades ancilares a atividades econômicas exercidas pelo Estado que já possuam “relevante interesse coletivo”: o Estado exerce uma atividade econômica que já é em si de interesse da sociedade e, ao exercê-la, poderá, dentro dela, aproveitar oportunidades de negócios acessórios ou complementares, inclusive em razão dos princípios da economicidade e eficiência.

Já para aquelas empresas criadas após o advento da Lei nº 13.303/16, para Marçal Justen Filho (2016, p. 47) se uma lei futura pretender autorizar a criação de uma empresa estatal destinada a explorar atividade econômica sem indicar, de modo claro, o relevante interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional que o justifique, haverá inconstitucionalidade por infração aos arts. 37, XIX, e 173, *caput*, da CR/88. Não é o que se verifica nas empresas existentes, em que o interesse coletivo fica subentendido em seu objeto social.

Ainda segundo o autor:

²⁹⁸ CHAGAS, Carolina F. Dolabela; DIAS, Maria Tereza Fonseca. O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da lei nº 13.303/2016 (“estatuto jurídico das estatais”). 2018. Disponível em: < www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/4139 >. Acesso em: 11 de maio 2018. p.11

²⁹⁹ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. São Paulo: Forense, 2017. p. 140.

³⁰⁰ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. São Paulo: Forense, 2017. p. 143.

Isso significa a vedação a previsões genéricas e indeterminadas, que não esclareçam cristalinamente o pressuposto invocado. Não é suficiente a mera repetição da regra constitucional. Assim, por exemplo, é inválida a autorização legal que simplesmente invoque um relevante interesse coletivo ou um imperativo de segurança nacional, sem explicitar seu conteúdo. É necessário que a lei indique os pressupostos fáticos específicos, subsumíveis aos conceitos constitucionais em questão. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 49).

A exigência de previsão expressa do conceito de interesse com a Lei nº 13.303/16, aproxima ainda mais, as sociedades de economia mista do interesse coletivo disposto em suas atividades, o que ocasiona inevitável aproximação dessas empresas com a finalidade pública que deve motivar o exercício de suas atividades (CHAGAS, DIAS, p. 29)

A expressa demonstração do relevante interesse coletivo redundará na inevitável vinculação da atividade a um interesse que interligue o objetivo empresarial com atividade empresarial que seja de relevante interesse coletivo, que pode estar fundamentado, por exemplo, (i) no fomento de atividades voltadas a determinado nicho de mercado ou (ii) que tenham em sua descrição o desenvolvimento econômico sustentável ou ainda (iv) o desenvolvimento e melhoria da eficiência do funcionamento do Estado.

O relevante interesse coletivo, conceito jurídico indeterminado, com o Estatuto Jurídico das Estatais, ganha posição de destaque, bem como coloca em evidência sua relação, seja direta ou indireta — para que a relação seja indireta, necessária que a atividade seja acessória — com a finalidade de interesse público perquirida pela Sociedade de Economia Mista.

O disposto no art. 2º do Estatuto Jurídico das empresas estatais propiciou, não apenas maior vinculação do objeto social às finalidades previstas com o exercício de determinada atividade, como também acabou por restringir, ainda mais, a seara de atividades econômicas que visem lucro e que guardem relação indireta com o objeto social da empresa. (CHAGAS, DIAS, p.29)

Portanto, nas empresas criadas após o advento da Lei nº 13.303/13, o planejamento e os objetivos visados com sua criação precisarão ser melhor analisados pelo Poder Legislativo, tendo em vista que, de antemão, deverão estar previstos em todas as atividades constantes de seu objeto social, o interesse coletivo motivador da exploração da atividade e o interesse público que justifica sua atuação em consonância com o momento social, político e econômico. Vale lembrar que a carta anual, documento cuja previsão encontra-se no art. 8º deve anualmente prever a finalidade de interesse público que norteia a intervenção do Estado.

Nesse contexto, não se pode negar que a governança corporativa, com os critérios e vedações para eleição de administradores das empresas estatais e, especialmente, a maior

transparência e o controle interno melhor delineado, contribuem sobremaneira para a atuação da sociedade de economia mista em consonância com seus interesses públicos, sem que isso resulte em contraposição aos interesses econômicos e como parte deles, os interesses dos acionistas privados.

Isso porquê, o planejamento empresarial dessas empresas será participado não apenas a todas as partes a ela relacionadas, como também a toda sociedade, o que norteará os investimentos dos acionistas privados nessas empresas e, ao mesmo, evitará decisões do acionista controlador (Estado), desarrazoadas e não previstas nos documentos publicizados pela sociedade.

Esse raciocínio redonda na compreensão de que interesses econômicos e interesses públicos em sociedades de economia mista são simbióticos porque se complementam e se retroalimentam, na medida em que a empresa só existe em função do interesse público que motiva sua existência e, sua manutenção na economia, apenas subsiste em função de seus resultados econômicos favoráveis.

5 CONCLUSÕES

A atuação do Estado na ordem econômica por meio de sociedades de economia mista se trata de assunto repleto de meandros e controvérsias, especialmente no que concerne aos limites da incidência dos interesses públicos e econômicos que envolvem a sua existência.

Por serem pessoas jurídicas de direito privado, congregam construções típicas privadas, como a forma societária, as obrigações civis, trabalhistas e tributárias, mas, também, por integrarem a Administração Pública indireta, possuem limitações estabelecidas pelo direito público previstas constitucionalmente. A dificuldade na delimitação da atuação de interesse público e econômico nessas sociedades é desafio tanto para os órgãos societários, quanto para os acionistas, com especial atenção para o Estado — acionista controlador dessas entidades — quanto para os stakeholders e sociedade em geral.

As sociedades de economia mista integram a estrutura do Estado brasileiro desde 1808, com a criação do Banco do Brasil e, desde então, sempre estiveram presentes na ordem econômica nacional, oscilando sua importância no desenvolvimento econômico do país a depender do contexto sócio econômico e político vivenciado.

Atualmente, as sociedades de economia mista estão novamente em evidência seja em razão de questionamentos quanto a sua manutenção como parte integrante da Administração Pública, seja quanto a sua contribuição para o desenvolvimento econômico do país em sua área de atuação, o que fundamenta a defesa pela privatização.

O que se demonstrou é que, especialmente no âmbito da União e do Estado de Minas Gerais, a conclusão pela desnecessidade dessas empresas enquanto entidades da Administração Pública não é possível, em regra, de ser realizada de forma objetiva, mesmo porque, a maioria dessas empresas, no âmbito analisado, não são deficitárias do ponto de vista financeiro.

Por isso, é possível afirmar que o momento ideológico, social e econômico vivenciado é salutar para a definição de sua prescindibilidade enquanto estruturas ligadas ao Estado — ainda mais se considerado o constante desvirtuamento da atuação dessas sociedades ao longo do tempo, que culminaram em escândalos de corrupção e em demonstrações de uma gestão temerária e desvirtuada do interesse público — o ocasionou a necessária revisão da atuação e relevância dessas sociedades enquanto parte do Estado.

A ultrapassada dicotomia serviço público versus atividade econômica ligada a definição do regime jurídico aplicável à Sociedade de Economia Mista, como se fossem chancelas prévias da atuação ou não dessas sociedades no mercado concorrencial, não mais merece prosperar, dada a sua impossibilidade de corresponder à realidade praticada por essas empresas, sendo

mais relevante que sejam analisadas as atividades realizadas pela empresa e sua atuação concorrencial.

Nesse sentido, o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais – Lei nº 13.303/16 parece concordar que, muito mais importante do que a definição do regime jurídico previamente definido, é a análise concreta da atividade desempenhada e sua repercussão no mercado concorrencial.

A publicação do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais em 2016, para além das discussões acerca da governança corporativa e seu papel na profissionalização, eficiência e transparência na atuação dessas sociedades empresariais, associadas a um controle interno mais efetivo e práticas voltadas à transparência, podem contribuir para a melhor delimitação dos interesses públicos e econômicos que circundam essas sociedades.

Os conceitos jurídicos indeterminados “interesses público” e “relevante interesse coletivo” deve funcionar no ordenamento jurídico pátrio como delimitadores da atuação e do papel das empresas estatais no cenário nacional e devem ser responsáveis pela modulação da subsidiariedade da atuação das sociedades de economia mista na exploração da atividade econômica.

A partir de uma interpretação sistêmica da Lei nº 13.303/16, é possível que se perceba a relevância que os referidos conceitos jurídicos indeterminados possuem nessas empresas estatais, especialmente quando a lei expressamente determina que o acionista controlador deverá atuar de modo a respeitar o relevante interesse coletivo que justifica sua criação, bem como sua finalidade pública, de forma que tal interesse deva ocorrer por meio do alinhamento entre os objetivos da sociedade e aqueles relacionados à consecução de políticas públicas.

Ao longo do trabalho, propôs-se uma revisão da interpretação tradicional conferida pela doutrina clássica que atribui ao interesse público um caráter de superioridade em relação a qualquer outro interesse que lhe pareça conflitante, como se tivesse um caráter principiológico absoluto, passível de justificar escolhas unilaterais do Estado no desempenho de suas atribuições.

A Lei nº 13.303/16 reforça a distinção dos dois conceitos — interesse público e interesse econômico —, mas ao mesmo tempo, evidencia a intercessão entre eles, já que em seu art. 8º, inciso I, estabelece que o interesse público se manifesta nas empresas estatais por meio do alinhamento entre os seus objetivos e aqueles voltados a políticas públicas. Assim, para a correta delimitação do interesse que precisa ser resguardado aprioritariamente, é necessário que se tenha em vista todos os direitos fundamentais envolvidos e sua relação com o interesse público a ser defendido no caso concreto.

Segundo o § 1º do art. 3º da Lei, a pessoa jurídica que controla as sociedades de economia mista tem deveres e as responsabilidades do acionista controlador e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.

O interesse público ora mencionado, entendido como finalidade a ser alcançada pela sociedade de economia mista, se não claramente especificado quando de sua criação, só pode ser aquele voltado ao cumprimento de seus fins sociais, conhecido como interesse público em sentido estrito. Uma vez verificado, sempre irá prevalecer, por se tratar de interesse geral, que abarca a coletividade, a ser identificado no caso concreto e, quando verificado, deverá prevalecer sobre interesses individuais e coletivos específicos.

Os interesses econômicos objetivados pelas sociedades de economia mista são a ela intrínsecos e necessários à sua subsistência enquanto empresa, sendo importante que se tenha em vista que se tratam de garantias fundamentais da ordem econômica resguardados constitucionalmente. Por isso deve sempre haver por parte do Estado uma postura mediadora e voltada a um diálogo constitucionalizado entre Poder Público, particulares e diversos atores do aparato administrativo.

Não se pode afirmar que os interesses públicos e econômicos sejam, no âmbito da sociedade de economia mista, antagônicos, como se o resultado lucrativo fosse incompatível e a atividade desenvolvida pela estatal, haja vista que resultados financeiros positivos permitem que a empresa tenha mais aptidão para desenvolver seu papel com mais eficiência, já que o lucro pode ser utilizado como reinvestimento na expansão e excelência em seus resultados, enquanto estatal.

Também não é possível ignorar que o Estado ao optar constitucionalmente por intervir na atividade econômica por meio de empresas estatais reconhece que, enquanto empresas, essas entidades inevitavelmente almejam lucro (rendimento econômico positivo) como resultado de sua atuação, não havendo incompatibilidade com sua atuação enquanto Administração Pública. Está-se aqui afirmando que o interesse econômico é necessário à sociedade de economia mista, em relação de paralelismo com o interesse público, devendo coexistir de forma equilibrada, o que pressupõe o diálogo entre todos os atores envolvidos — empresa, Estado, acionistas e sociedade — como requisito legitimador da atuação estatal.

O interesse econômico mesmo que implicitamente ganha maior relevância na medida em que a Lei nº13.303/16 reforça o papel das sociedades de economia mista enquanto empresas, com necessários instrumentos de gestão que ressaltem sua autonomia e atuação empresária, em

que signifique o descompasso com os interesses de natureza pública a que se vinculam prioritariamente.

Importante ainda explicitar a relevância do conceito indeterminado “relevante interesse coletivo” como critério limitador da exploração da atividade econômica por meio de empresas estatais, conforme previsto no art. 173 da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

A definição do relevante interesse coletivo é sem dúvida uma das chaves para compreensão dos interesses que circundam uma sociedade de economia mista, mas dada a sua difícil conceituação, muitas vezes sua interpretação se mistura à do interesse econômico.

O interesse coletivo é aquele que pertence a um grupo, a uma classe de pessoas. Por isso deve ser entendido como interesse imediato e bem delimitado, de forma que seja possível mensurá-lo objetivamente, visando atendimento a um interesse público remoto, finalidade precípua da atividade desenvolvida pela estatal.

Com a Lei nº 13.303/16, tais conceitos encontram-se melhor esclarecidos, por conseguinte, a finalidade pública dessas empresas no cenário nacional evidenciada. Tanto é assim que o art. 8º, inciso I, ao estabelecer como requisito de transparência a elaboração de carta anual pela estatal para explicitação do interesse público a ser atingido com o exercício da atividade, está-se vinculando o relevante interesse coletivo que fundamenta a exploração de determinada atividade, com a finalidade pública a ela atinente.

O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais em seu art. 27, estabelece que as empresas estatais terão a função social de realização do interesse coletivo a ser estabelecido com base em atividades voltadas ao alcance do bem-estar econômico e alocação socialmente eficiente de recursos, estabelecendo as diretrizes para sua atuação, de forma a redundar na finalidade pública específica corresponde à atividade da estatal.

Assim, para além da finalidade principal do manancial de ferramentas jurídicas que estabelecem sistema de governança corporativa, controles e transparência, voltados a uma gestão mais eficiente, profissionalizada e proba, importante que se considere que tais ferramentas contribuem, ainda, para a proteção do interesse público enquanto objetivo finalístico dessas empresas, sem retirar-lhes a autonomia enquanto empresas, equilibrando os interesses nela envolvidos.

Importante esclarecer que tais conceitos foram detalhadamente explicitados nesse trabalho de forma a evidenciar sua importância no contexto da intervenção do Estado na ordem econômica. Especialmente a Lei nº 13.303/16, mesmo que indiretamente, - uma vez que não há capítulo específico destinado a esses conceitos e à sua relevância na condução empresarial

dessas sociedades — se pode considerar que há substancial contribuição da Lei na delimitação desses conceitos.

Isso se reflete em todo o arcabouço de governança, controles internos e transparência dispostos pela Lei, já que segundo defendido nesse trabalho passam a ser utilizados como importantes mecanismos destinados a melhor mensuração do interesse público, sem que, para tanto, seja colocada em risco os interesses econômicos dessas sociedades.

Especialmente o interesse público, dada a sua subjetividade, muitas vezes foi utilizado para ratificar desmandos e arbitrariedades tanto do controle societário quanto da administração dessas empresas. Com os expressos requisitos de transparência exigidos, assim como a exercício proativo do controle interno, atrelado à simetria de informações, a Lei nº 13.303/16 possibilita aos administradores e ao acionista controlador, atuar de forma complementar e coesa, voltados ao crescimento da estatal e, por conseguinte, ao atendimento das políticas públicas a ela designadas como finalidade de sua atuação.

Isso permite que interesses que pareçam antagônicos nas sociedades de economia mista, coexistam de forma aceitável e consensual, já que especialmente a transparência garante a todos os interessados a compreensão não apenas dos interesses envolvidos, como também dos resultados a serem obtidos a partir dessa realidade.

Restou demonstrado que o controle interno e a transparência contribuem de forma significativa para a fiscalização e proteção da sociedade de economia mista em sua atuação empresarial, mas que têm relevante participação em relação com o atendimento do interesse público, já que os dados por eles fornecidos, contribuirão para a adequada atuação finalística da empresa.

Merece destaque os requisitos e vedações criados pelo art. 17 da Lei nº 13.303/16 para escolha de administradores das empresas estatais que, ao conferirem imparcialidade às indicações, fortalecem a gestão interna dessas sociedades, especialmente em relação aos afastamentos dos intentos políticos liderados pelo controle societário.

A contribuição da Lei em relação aos interesses que circundam a sociedade de economia mista, mesmo que não haja capítulo específico sobre o tema, é inegável e se mostra relevante na medida em que, de forma implícita ou expressa, reforça sua importância de sua verificação quando da aplicação dos mecanismos de gestão por ela introduzida.

Ressalte-se que, tão importante quanto à aplicação do arcabouço normativo trazido pela Lei nº 13.303/16 voltado à análise da aderência dos interesses presentes na sociedade de econômica mista, com a finalidade pública objetivada, necessário que, para que haja efetividade, seja realizada uma mudança paradigmática na atuação dessas empresas. Essa

modificação se tornará possível por meio da conscientização, tanto social, política e econômica do papel dessas sociedades empresárias, especialmente quanto aos limites e responsabilidades que envolvem sua atividade empresarial em decorrência de sua posição enquanto entidades da Administração Pública.

A experiência da Lei nº 8666/93 (Lei de Licitações e Contratos Públicos) não pode ser ignorada, já que os regramentos nela impostos reduziram sobremaneira o âmbito de discricionariedade do gestor público sem, no entanto, resultar em ganhos de eficiência, transparência e idoneidade.

Poder-se-ia atribuir tais falhas à ausência de controles efetivos e à assimetria de informações. No entanto, para, além disso, necessário que haja alteração da cultura voltada ao trato das sociedades de economia mista, em que se volta ao cumprimento formal da Lei, sem que necessariamente reflita em modificações corporativas comportamentais e consequentemente reforce sua imprescindibilidade enquanto empresa estatal. Necessário, ainda, que a coletividade, por meio do acesso às informações, participe do controle das sociedades de economia mista, e contribua para a fiscalização de sua atuação, de maneira a fomentar a integração dialógica entre o Poder Público e a sociedade na condução dessas sociedades.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo Alexandrino. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 18ª ed. **Revista e atualizada**, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 187.
- AMARAL, Paulo Osternack. *Lei das Estatais: Espectro de Incidência e Regras de Governança*. “In: Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016. (Org. Marçal Justen Filho. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.
- ANDRADE, Artur Fontes de. **Governança Corporativa nas empresas estatais**. Petrópolis: KBL, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. São Paulo: Forense, 2017.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de Serviços Públicos e concorrência. **ReDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 1, 2005, p.17
- ARAGÃO, Alexandre Santos de **Regime Jurídico das empresas estatais**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campo Longo, Álvaro de Azevedo Gonzaga. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. De tomo). 1.ed. São Paulo. Universidade Católica de São Paulo, 2017.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do negócio jurídico administrativo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997.p. 68.
- ATALIBA, Geraldo e GOLÇAVES J. A. Lima. **Excedente contábil: sua significação nas atividades pública e privada**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 6, p. 279, 1994.
- ÁVILA, Humberto Bergman. **Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular"**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- _____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.” In: **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 24. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARRETT, Pat. **Achieving better practice corporate governance in the public sector**. **Australian National Audit Office**, Canberra, jun. 2002. Disponível em: <www.anao.gov.au>. Acesso em: 4 set. 2018.
- BARROSO, Luiz Roberto, Prefácio: **O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público** “In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. (org. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007)

BASTOS, Celso Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. **Revista do serviço público**. Belo Horizonte, v.39, n.2, 1982.

BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 105, 2010, p. 401

BEMQUERER, Marcos. O regime jurídico das empresas estatais após a Emenda Constitucional nº 19/1998. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade**: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BITENCOURT NETO, Eurico. **A Administração Pública concertada**. In: A Prevenção da Corrupção e outros desafios à boa governança da Administração Pública. GOMES, Carla Amado, Ana Fernanda NEVES; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord). Ed. Instituto, de Ciências Jurídico- Políticas – CIP e Centro de Investigação de Direito Público – CIDP, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, março 2018.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário** / José Edwaldo Tavares Borba. – 12. Ed. Ver., aum. E atual – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n.37, p. 29-48, maio/jun. 2006.

BRASIL Decreto Nº 8.818, De 21 De Julho De 2016. Disponível em: <www2.camara.leg.br/.../decreto-8818-21-julho-2016-783394-normaatuizada-pe.pdf>. Acesso em: 11 de abr. 2018.

BRASIL. Diário Oficial da União. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1186.htm>. Acesso em 20 de maio2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Decreto Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização Decreto-Lei nº 1183 de 3 de abril de 1939. Cria o Instituto de Resseguros do Brasil. da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/Civil/decreto-lei/Del0200.htm>> Acesso em: 11 de nov. 2018.

BRASIL. Decreto nº 84.128. Presidência da República. Brasília. 1979. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D84128.htm>. Acesso em: 11 de maio2018.

BRASIL. Lei n. 6404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades
BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Ministério da Economia. Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Disponível: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico>>. Acesso em 28 de dez. 2018.

BRASIL. Ministério de Planejamento. **Boletim das Empresas Estatais Federais Dependentes do Tesouro Nacional - 2018 - Ano Base 2017 V2.pdf**. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais-federais-dependentes-do-tesouro-nacional-2018-ano-base-2017-v2.pdf/view>>. Acesso em: 28 de dez. 2018.

BRASIL. Ministério de Planejamento. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/aceso-ainformacao/institucional/unidades/sest>>. Acesso em: 11 de abr. 2018.

BRASIL. Ministério de Planejamento. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais>>. Acesso em: 28 de dez. 2018.

CÂMARA, Jacinto Silveira Dias de Arruda, O lucro nas empresas estatais. **Revista Brasileira de Direito Público – RPDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, abr/jun. 2012. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.ASPX?pdiCntd=79745>>. Acesso em: 10 de agosto de 2018.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CARDOSO, Patrícia Pires. **Descentralização das atividades estatais e a superação do conceito subjetivo de administração pública**. 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2622&revista_caderno=4>. Acesso em: 11 de nov. 2018. p.3

CASTOR, Jobim, **o Brasil não é para amadores**: Estado, governo e burocracia na terra do jeitinho. Curitiba: IBQP-PR, p. 60.

CHAGAS, Carolina F. Dolabela; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **O relevante interesse coletivo nas atividades econômicas das empresas estatais após o advento da lei nº 13.303/2016** (“estatuto jurídico das estatais”). 2018. Disponível em: <www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/4139>. Acesso em: 11 de maio 2018.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA PINTO, Vitor Mendes. **Revista de Direito Mercantil 166/167**, Editora Malheiros, p.207, 2018.

DALLARI, Adilson Abreu, **Sociedade de economia mista – Sócio Estratégico – Acordo de Acionistas**, 2000. Parecer jurídico disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47609/45137>, acesso em 14/01/2019.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p.34

DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. **Controle de empresas estatais: uma proposta de mudança**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.16

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/As Comentada**. Volume II – Arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FERRAZ, Luciano. **Novo estatuto das empresas estatais é constitucional**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-constitucional>>. Acesso em: 13 de dez. 2018.

FERREIRA, Dirce Nazaré; KROHLING, Aloísio. O princípio da supremacia do interesse público no Estado democrático de direito e sua roupagem neoconstitucionalista. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 482 -503, jul/dez. 2013.p.483

FLEINER, Fritz, 1933. In: FILHO, Alberto Venâncio, **Direito da Companhias**, 2ª edição.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens; ALVES, Carlos Francisco. **Mecanismos de controle na governança corporativa das empresas estatais: uma comparação Brasil e Portugal**. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/72454>>. Acesso em: 13 de dez. 2018. p.21

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança Corporativa e medidas preventivas contra a corrupção na Administração Pública: um enfoque à luz da Lei 13.303/2016. **Revista de Direito da Administração Pública**, Universidade Federal Fluminense, jan./jun. 2016, p. 179)

FRANÇA, Vladimir da Rocha. O regime constitucional de serviço postal e os "monopólios" da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 177, p.47-56, janeiro/março – 2008.

FRAZÃO, Ana. **Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista**. In: Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Augusto Neves Dal Pozzo, Ricardo Marcondes Martins (Coord.) São Paulo, ed. Contracorrente, 2018. p.126

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da**

crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.253.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39-71.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**, Belo Horizonte, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 3.^a revisão, 2004. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/governanca/governanca-corporativa>>. Acesso em: 02 de jan.2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA PÚBLICA – IBGP Disponível em: <<https://forum.ibgp.net.br/conceitos-de-governanca-no-setor-publico/>>. Acesso em: 02 de jan.2019.

IORIO, Ubiratan Jorge, ROQUE, Leandro. *Mises Brasil*, 2016. Disponível em <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1993>>. Acesso em: 04 de mar. 2018.

JACOBY FERNANDES, Murilo Queiroz Melo, Lei nº 13.303/2016: *Novas Regras de Licitações e Contratos para as Estatais*, **Revista Síntese - Licitações, Contratos e Convênios**, Ano VI – Nº 34– AGO-SET 2016, p. 9-13.

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

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEITE, Sandro Grangeiro. A evolução das empresas públicas e sociedades de economia mista no contexto jurídico brasileiro. **Revista do Tribunal de Contas da União**, cidade, v., p. 99-110, maio: agosto 2007. p.100

LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. **Regime jurídico dos portos marítimos**. 2009. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/84504060/cristina-maria-melhado-araujo-lima/atualizacoes>>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5^a ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.

MARINHO, Rodrigo César de Oliveira. **Intervenção sobre o Domínio Econômico – A contribuição e seu perfil constitucional**, Belo Horizonte: Fórum, 2011, pag. 92-93)

MARQUES NETO, Floriano; ZAGO, Mariana. **Limites à atuação do acionista controlador nas empresas estatais**: entre a busca do resultado econômico e a consagração das suas finalidades públicas. *Revista de direito público da economia*. Vol. 13, n. 49, pp. 79-94, jan./mar. 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011, pag. 279

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008. p.115.

MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000 – p. 82.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 961 p.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Princípio da eficiência**. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p.39-40

MEZZARROBA, Orides. Monteiro. Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. Lei nº 16693, de 11 de janeiro de 2007. **Autoriza a criação de empresa subsidiária da companhia de saneamento de Minas gerais - COPASA-MG**. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;minas.gerais:estadual:lei:2007-01-11;16693>>. Acesso em: 2 de jan. 2019.

MINAS GERAIS. **Relatório de transição de governo** – relatórios setoriais - Minas Gerais. Disponível em: <<https://www.mg.gov.br/.../transicao.../Documento%20de%20Transição%20-%20SES.pdf>>. Acesso em: 28 de dez. 2018.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Tribunal de Contas da União. *Compra de Passadena*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-identifica-dano-em-compra-da-refinaria-de-pasadena-pela-petrobras.htm>. Acesso em: 12. fev. 2019.

MIRANDA, Rubens Augusto de; AMARAL, Hudson Fernandes. Governança corporativa e gestão social responsável em empresas estatais. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v.45, p. 1069 -1094, jul'ago. 2011. p. 1071.

MOREIRA, Egon Bockmann; MODESTO, Paulo; GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. **I Fórum Jurídico Brasil Copa do Mundo 2014**. 2011. (Congresso). p.22

MOREIRA, Egon Bockmann, **Duas polêmicas da nova lei de responsabilidade das empresas estatais: conflito federativo e direito intertemporal**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann->

moreira/duas-polemicas-da-nova-lei-de-responsabilidade-das-empresas-estatais-conflito-federativo-e-direito-intertemporal-3lz9s4gpos25w70xdeeovxj>. Acesso em: 19 de nov. 2018.

MOTTA, Fabrício. **A gestão de conflitos de interesses como política pública**. In: A Prevenção da Corrupção e outros desafios à boa governança da Administração Pública. GOMES, Carla Amado, NEVES; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord). Ed. Instituto, de Ciências Jurídico- Políticas – CIP e Centro de Investigação de Direito Público – CIDP, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, março 2018.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. **El interesse público es como ele amor**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 21-31

NARDES, João Augusto, ALTOUNIAN, Claudio Sarian, VIEIRA, Luís Afonso Gomes, **Governança Pública – O Desafio do Brasil**, 2ª. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NESTER, Alexandre Wagner. **The Importance of Interprofessional Practice and Education in the Era of Accountable Care**. 2016. N C Med. J. 2016 Mar-Apr;77(2):128-32. Disponível em: <>. <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/84504060/cristina-maria-melhado-araujo-lima/atualizacoes>>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

NOHARA, Irene. **Poder económico e limites jurídicos à captura da concertação social**. In: A Prevenção da Corrupção e outros desafios à boa governança da Administração Pública. GOMES, Carla Amado, NEVES; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord). Ed. Instituto, de Ciências Jurídico- Políticas – CIP e Centro de Investigação de Direito Público – CIDP, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, março 2018.

OLIVEIRA Fábio Côrrea Souza; OLIVEIRA, Larissa Pinha de Oliveira. **Uma análise da tese desconstrutivista da supremacia do interesse público sobre o particular**. EM TEMPO - Marília - v. 13 – 2014. Disponível em <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/477/370>> Acesso em: 27 abr. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As licitações na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais): mais do mesmo? **Revista Colunistas de Direito do Estado**, n. 230. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/as-licitacoes-na-lei-133032016-lei-das-estatais-mais-do-mesmo>> Acesso em: 7 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **OCDE Guidelines on Corporate of State-owned enterprises**. 2015. Disponível em: <www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/42524177.pdf>. Acesso em: 11 de dez. 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, n. 220, 2000, p. 69-107

PACHECO E SILVA, Maria Hermínia Penteado. **Estatuto jurídico das empresas estatais**. 2018. Disponível em: < <http://editoracontracorrente.com.br/pdf/livro32.pdf>>. Acesso em: 12 de dez. 2018.

PEREIRA DE SOUZA, Sérgio Augusto G. **Premissas de Direito Econômico**. 2. Ed. revista, atualizada conforme a Lei nº 12.529 de 30.11.2011, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et. al. **Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei 13.303/16**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.30

PETHECHUST, Eloi; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Perspectivas para as empresas estatais no Brasil: propostas para um estatuto jurídico. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 99-121, out./dez.2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 83-92.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-15, abr. 1953. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12801/11678>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

PINTO, Vitor Mendes Costa **Revista de Direito Mercantil 166/167**, São Paulo: Malheiros, p.207, 2018.

PONTES, Evandro Fernandes. Os interesses jurídicos nas sociedades de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de, FRAZÃO; Ana; MESQUITA, Daniel Augusto. (Coord.) **Estatuto Jurídico das Estatais - Análise da Lei 13.303/2016.por Ações**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L6404consol.htm>> Acesso em: 13 de nov. 2018.

PRODEMGE. **Governança corporativa**. Disponível em: <www.prodemge.gov.br/governanca/carta-anual>. Acesso em: 3 de jan. 2019.

SANTOS, Flávio Rosendo dos. **A influência política na gestão das empresas estatais à luz do direito fundamental à Boa administração e da governança corporativa e pública**. 2015. Disponível em: <http://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/1592/1/CT_PPGPGP_M_Santos%2C%20Flavio%20Rosendo_2015.pdf>. Acesso em: 1 de dez. 2018.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. **Interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHAPIR, Mário Gomes; MARINHO, Sarah SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses

privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 217-246.

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

SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado Acionista - Empresas Estatais e Empresas Privadas com Participação Estatal**. São Paulo: Leya, 2018.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos jurídicos do planejamento econômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

STF. Ministro Gilmar Mendes. ADI 1.842. Tribunal Pleno, DJe 16.09.2013.

TÁCITO, Caio. Regime jurídico das empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 195, p. 1-8, jan. 1994. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45976/47417>>. Acesso em: 24 set. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Intervenção estatal no domínio econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 2002, p.219.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Controle interno na administração pública – TCU**. 2009. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/250/236>>. Acesso em: 1 de jan. 2018.

VENANCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 607 p.

WARDE JUNIOR, Walfrido. **Falta legitimidade à reforma política – DCI - Warde Advogados**. 2018. Disponível em: <warde.com.br/falta-legitimidade-reforma-politica-dci/>. Acesso em: 13 de dez. 2018. p. 101.