INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade apresentar o meta-interesse como solução dos conflitos existentes nas sociedades de economia mista. Tal situação se vislumbra em particular neste tipo societário pelo fato de que referida sociedade é formada por capital público e privado, resultando dessa união, uma essência conflituosa.

O meta-interesse é compreendido como solução uma vez que ao ser aplicado no caso concreto impede a utilização de normas de direito administrativo quando da criação mesma da sociedade de economia mista. Essa, aliás, é a função primordial do meta-interesse.

Há que ser ressaltado, desde logo, que a tese visa o afastamento da obrigatoriedade que se impõe às sociedades de economia mista da aplicação de normas que fazem dela uma sociedade eminentemente de caráter público, por força do capital público, mas que, a contrário senso, impede a real aplicação das normas de direito privado pelo mesmo argumento, tendendo à anulação direta das normas constitucionais, quando sopesadas no caso concreto.

Para que se possa chegar ao núcleo central da tese é preciso discorrer sobre alguns temas em especial. No entanto, tais assuntos serão abordados com o intuito de proporcionar ao leitor acompanhar o raciocínio de forma a possibilitá-lo concluir que o meta-interesse é efetivamente o caminho mais democrático e constitucional para tratar a coisa pública com o devido respeito que merece, ou seja, “a sério”, nos termos propostos por Dworkin, sem que seja necessário utilizar-se de subterfúgios jurídicos esquizofrênicos capazes de iludir tão somente o papel. Vale dizer, a lei propriamente dita, uma vez que a realidade do Estado empresário de hoje não se coaduna sequer com as determinações impostas pela própria Constituição brasileira.

É possível extrair do texto constitucional que o exercício da atividade econômica por parte do Estado está limitado ao preenchimento de certos requisitos, dentre os quais claramente se percebe, em caráter de subsidiariedade. A necessidade de que o exercício de tal atividade esteja relacionado a “imperativos de

segurança nacional" ou a "relevante interesse coletivo" exigidos pela Constituição e embora de difícil limitação não pode instrumentalizar a barbárie estatizante de forma a privatizar a coisa pública.

Nota-se que o artigo 173 da Constituição, de acordo com a redação vigente, é um texto impreciso. A determinação não só dos limites necessários para o estabelecimento do que venha a ser segurança nacional e relevante interesse coletivo, bem como o fato de que tais limites são altamente mutáveis de acordo com o momento social no qual a questão se insere e a definição em lei requerem um árduo trabalho interpretativo.

Determinar o limite da incidência das normas (pública/privada) em uma sociedade de economia mista pela imposição da personalidade jurídica de direito privado e pela determinação (inclusive constitucional) de que a elas se aplica o direito privado é questão ainda por resolver. Inexiste um comando capaz de especificar com exatidão em que condições um regime jurídico limita o outro e em que situações especificamente isso pode ser realmente estabelecido. Cabe observar que há um esforço em torná-las efetivamente sob o jugo do regime jurídico privado, de maneira a fazer com que as sociedades de economia mista exercentes de atividade econômica em sentido estrito possam realmente ser caracterizadas como entes privados. No entanto, no exato ponto de confluência dos regimes jurídicos se verifica também o ponto de conflito, isto é, quando o interesse público (gênero) conflita com direitos fundamentais.[1] Estes tidos como sendo, prioritariamente, os dos acionistas minoritários.

[1] Se o interesse público se identifica com a tutela de direitos fundamentais, como resolver um conflito que de um lado se apresenta como interesse público geral da coletividade e de outro que se manifesta em um direito fundamental. Exemplificando: o direito do acionista de receber uma parcela maior de dividendos que decorre do seu direito fundamental de propriedade e o interesse do ente estatal de tabelamento de preços em face da estabilidade econômica? Há aqui um conflito que se depreende de uma meta coletiva (meta política) e da proteção de um direito fundamental de propriedade. Ao que parece, não é o lucro auferido que tem capacidade de dizimar uma economia de mercado e sim a má gestão da coisa pública. O lucro da companhia não compromete e nem impede que haja uma transferência do ente controlador para setores outros que não o ligado diretamente à atividade explorada. Se o lucro, por exemplo, pertence à União (controladora da companhia), porque não alocá-lo em setores outros que não o da própria companhia? Assim, porque haveria de prevalecer o interesse do controlador em face dos minoritários em relação à lucratividade? A propriedade privada e a liberdade de iniciativa são direitos fundamentais, não absolutos, obviamente, mas em que medida podem ser mitigados? Uma das funções dos direitos fundamentais não é o de proteção contra os arbítrios do Estado?

O problema que hoje se enfrenta é o de definir o papel do Estado na sociedade, principalmente no que diz respeito a sua intervenção na esfera econômica e, em especial, os mecanismos de controle de sua atuação.

Fazendo um recorte no debate intervencionista, merece destaque às sociedades de economia mista justamente por apresentarem interesses conflituosos que derivam da própria união público-privada. Tais entes societários, já em sua origem, possuem uma complexa rede de interesses que, em regra, são divergentes. Não bastasse, são, ao mesmo tempo, entes da Administração Pública Indireta e possuem personalidade jurídica de Direito Privado. Assim, num primeiro momento, teríamos que, ou o Estado está sendo privatizado, ou, então, o privado está sendo estatizado. E a questão é: Com que legitimidade e intensidade isso é possível? Não estaria o Estado comprometendo, de certa maneira, a livre iniciativa quando impõe sua gestão para aquém dos direitos fundamentais e a favor de seus próprios interesses (leia-se: interesse público secundário)?

A ingerência por parte do Estado ainda subsistirá. É quase que tarefa impossível defender tese contrária. Até porque, mesmo as companhias privadas hoje estão sujeitas aos comandos normativos da Constituição, refletindo a intervenção do Estado na economia de diversas maneiras. A título de exemplo, cita-se o art.170 da Constituição Federal, o controle das atividades econômicas por meio dos demais entes da Administração Pública como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e até mesmo pelo controle exercido pelas Agências Reguladoras Independentes – Agência Nacional do Petróleo (ANP), por exemplo. A atividade econômica, somada ao regime jurídico, certamente que irão contribuir para uma melhor solução do caso concreto, principalmente quando o conflito se verificar em relação a direitos fundamentais e metas públicas, interesses também conflitantes e muitas vezes divergentes.

Feita as observações devidas, cabe esclarecer que o presente trabalho inicia-se com a intervenção do Estado na seara econômica, com o Estado empresário e termina com a apresentação específica do meta-interesse. As sociedades que por vezes são utilizadas como exemplos são a Petrobras e o Banco do Brasil. No

decorrer, para efeito de esclarecimento dos pontos abordados será apresentada a intervenção inadequada do Estado quando revestido pelo manto do interesse público. Aos que discordam das palavras aqui impregnadas, e principalmente por indignação, certamente que não se utilizam dos transportes públicos, dos hospitais públicos, das escolas públicas de ensino fundamental e raramente necessitam de financiamento, por exemplo, do Banco do Brasil (BB) para aquisição da casa própria ou consomem produtos que derivam ou são, por exemplo, embalados em recipientes que possuem em sua composição derivados do petróleo. Tal menção se faz pertinente porque a idéia central em relação à Petrobras é sempre a de que a referida companhia há de manter o preço da gasolina, por exemplo, sob controle. No entanto, não é apenas do combustível que a companhia se ocupa. Servem tais observações meramente como elemento ilustrativo para demonstrar as ramificações que uma companhia estatal do porte da Petrobras pode ter; que vai da exploração do petróleo ao fabrico de produtos químicos e alcança o setor energético. No entanto, cabe observar que com o comentário não se quer fugir ao rigor do tratamento dispensado ao estudo de um trabalho acadêmico de doutoramento, apenas chamar a atenção para o que vem ocorrendo ao longo dos anos, desde o movimento de privatizações e que tem se mantido quase que no anonimato, contribuindo para o que se define no presente estudo como estatização branca das atividades econômicas.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A INTERVENÇÃO DO ESTADO COMO EMPRESÁRIO NA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS

1.1 Breves considerações históricas e o problema atual da retomada das atividades pelo Estado

A intervenção do Estado na economia não é tema novo a ser discutido, tampouco merece nota de ineditismo seja lá em que setor específico se situe determinada intervenção. Aliás, a própria participação do Estado na seara econômica já suscita comentários infindáveis, seja no sentido de verificação da forma de intervenção, seja no setor específico no qual a participação do Estado é aceita com maior ou menor rigidez de normas.[2] Lembrando, obviamente, o momento no qual nos encontramos, isto é, o de predominância de livre mercado e autoregulação.[3]

Cabe lembrar que, para Luis Roberto Barroso e Paula Forgioni, o Estado brasileiro, ao longo do século XX, passou por três fases distintas.[4] A primeira que

[2] Sobre a questão: "Em primeiro lugar, o trato da matéria que ainda repousa em lógica própria do Estado liberal, desconhecendo a impressionante alteração do atuar estatal do século XX. Em segundo lugar, a visão obsedante de se pretender ver a atividade estatal submetida a regras de direito público ou de direito privado, não obstante já se tenha como pacífico, na doutrina, que o Estado tem uma única personalidade jurídica: a pública. Este tipo de formulação é tão grande que, por vários processos intelectuais e até mesmo sem nenhuma explicação racional, a maioria da doutrina adota tal posicionamento. Ressuscitaram-se velhas teorias, sob novas formas, tais como a do fisco, a da dupla personalidade do Estado, a dos atos de império e de gestão, etc. Esse Estado de coisas demonstra que a teoria publicística tem sido incapaz de construir uma nova vertente científica para a regência das novas atividades do Estado moderno, voltando por isso, sempre e sempre, a repisar conceitos e teorias próprias do Estado liberal." (MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 27).

[3] Nesse sentido, cabe destacar que, quando Mario Engler Pinto trata do tema ele procura ressaltar que o tipo de intervenção está muito ligada ao tipo específico de mercado que se pretende estruturar politicamente. Diante de tal contexto é que o autor assevera que "A corrente progressista do pensamento econômico propugna pela intervenção mais profunda do Estado, mediante políticas de investimento anticíclicas e adoção de medidas". Ou ainda, "quando a opção política seja amplamente favorável ao livre mercado, a presença estatal no domínio econômico pode se tornar necessária por razões conjunturais, quase sempre associadas a crises financeiras agudas que ameaçam a sobrevivência de importantes empresas privadas e podem inclusive gerar risco sistêmico. Nessas ocasiões, o Estado vê-se compelido a assumir atividades consideradas estratégicas para assegurar sua continuidade e prevenir a comoção social, como de fato ocorreu no segundo semestre de 2008, diante dos problemas gerados pelo esfacelamento dos mercados financeiros globais. A situação extremamente grave tornou necessária a intervenção profunda e articulada dos governos nacionais para preservar a credibilidade do sistema de trocas e tentar evitar o colapso da economia mundial.

[4] Conferir em: Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: LANDAU, Elena (Coord.). Regulação jurídica do setor elétrico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

pode ser identificada como sendo a fase do Estado Liberal[5], na qual o Estado possuía funções bem reduzidas e sua preocupação maior estava em consagrar os direitos individuais, de sorte a protegê-los dos arbítrios do Poder Público. Na fase seguinte, o Estado já se apresenta mais intervencionista e dedicado a questões de justiça distributiva. É a fase do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), no qual há uma forte intervenção do Estado na economia e a consolidação dos direitos sociais se fez presente. Na terceira e atual fase (da pós-modernidade), o Estado passa a ocupar um novo *status:* de Estado empresário passa a Estado regulador e fomentador. A sua intervenção na seara econômica, como executor de atividade econômica, é agora subsidiária. Não bastasse, podemos ainda incluir uma nova onda que assola a Administração Pública, a de que o Estado deve assumir um papel de Estado Investidor.[6]

Deve ainda ser ressaltado que em termos de Estado brasileiro – e considerando o ponto que nos interessa especificamente abordar – o papel subsidiário ao qual o mesmo está submetido, decorre do processo de reestruturação pelo qual passou ao longo da década de noventa. Dentre as causas que levaram ao desmonte do Estado pode ser citado o alto índice burocrático, a ineficiência na prestação de serviços e a escassez de recursos[7]. Certamente que a necessidade de reestruturar o Estado impôs a ele o ônus de modificar-se profundamente, principalmente no que se refere ao seu modo de atuar. Diante de tal situação é que estatais foram privatizadas, monopólios foram quebrados e à iniciativa privada foi devolvida a primazia da exploração de atividade econômica. Mas isto não fez do

---

[5] Sobre o Estado Liberal: "Já não é suficientemente representativo da realidade estudar a 'organização administrativa' do Estado; agora há que estudar a organização econômica e administrativa do Estado; o direito administrativo que estuda a ação do Estado não é já, nem pode ser, o mesmo, quando a ação do Estado mudou muito. Determinar até que ponto modifica seus objetivos e seus postulados, até que ponto mantém as suas premissas, é indubitavelmente a tarefa do jurista deste século e dos futuros." E ainda, "'O Direito da época presente caracteriza-se pela carência de conceitos fundamentais sólidos. Por isso resulta de urgente necessidade redefinirem-se tais conceitos, isto é, defini-los com referência ao Estado moderno, com o fim de obter uma armação conceitual a partir da qual seja possível, até mesmo, reformular o conceito de Estado.' Não pretendemos tanto; a nós bastará tentar superar o problema (que tão absurdo nos soa) de poder o Estado, mediante um verdadeiro milagre (mediante lei) deixar de sê-lo para ser pessoa jurídica de direito privado, quando, como, e tanto quanto lhe convier; visão essa traduzida pela doutrina moderna dos tempos do direito administrativo liberal". (MUKAI,Toshio, op.cit, p.31-32)

[6] Sobre a questão em si, vale a pena mencionar a questão dos fundos de pensão. Através deles o Estado acaba por intervir em setores empresariais e detém o domínio da gestão negocial. Sobre o tema, conferir: RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de Pensão*: temas jurídicos. Renovar, 2003.

[7] Sobre o tema conferir BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90: Lógica e mecanismos de controle. Lua Nova, n.45, p.49-98, 1998.

Estado um Estado mínimo[8]. Ao contrário, a intervenção ainda é patente, sendo possível perceber, cada vez mais, a presença do Estado em setores que não lhe é natural. Ainda que o eixo de atuação estatal tenha se deslocado, conforme expõe Luís Roberto Barroso, vale destacar que a intervenção ainda é patente. E se antes a intervenção se dava de maneira direta, agora ela se verifica nas formas reguladora e fomentadora.[9]

É nesse novo cenário, de regulação e fomento, que o Estado passa a intervir no mercado legitimamente. Ou seja, a Constituição não permite sua interferência na seara econômica de forma direta, como ente exercente da atividade econômica se não estiver, o Estado, autorizado nos termos do art. 173, *caput,* da Constituição Federal. Embora a Constituição seja clara em estabelecer um papel subsidiário ao Estado quando de sua intervenção no domínio econômico, é sabido que por leis infraconstitucionais o Estado tem tomado a frente de grandes companhias, fazendo reverter, em certas situações, o quadro de controle ao qual estava inserido anteriormente.[10] Significa dizer, o Estado passa a intervir na atividade econômica quando o mesmo adquire ativos de sociedades já existentes e, mesmo não sendo ela de economia mista, exerce o poder de controle interno na companhia. Há inclusive a possibilidade de defesa de estar ocorrendo um processo de re-estatização. Esse movimento de retomada do poder de controle, por exemplo, que pode ser verificada em decorrência até mesmo de acordo de acionistas resulta na retomada do Estado da posição anteriormente por ele ocupada, qual seja, de ente empresário.[11] Tal situação é que permite afirmar a existência de um processo de re-estatização branca. Vale dizer: o Estado, através de mecanismos societários passa a comandar a companhia que não seja por meio de efetivo controle majoritário das ações com poder de voto, mas, outrossim, através de aquisição de ações por meio

[8] Sobre o tema conferir os liberais neoclássicos como Friedrick Hayek, Milton Fridman, James Buchanan, Mancur Olson e Anne Krueger.
[9]BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: LANDAU, Elena. Regulação Jurídica do setor elétrico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 29-56.
[10] Por exemplo, a situação societária e de comando da companhia Vale e da Petrobras.
[11] Nesse sentido, conferir Mario Engler Pinto Júnior, que defende a participação acionária do Estado, ou seja, a intervenção do Estado na economia como agente exercente direto de atividade econômica em sentido estrito. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O Estado como acionista controlador*. São Paulo: Atlas, 2010)

de suas subsidiárias ou empresas controladas que resulta no efetivo comando do Estado.[12]

Referida situação, portanto, pode levar o Estado a um retorno ao *status quo ante,* resultando em total afronta ao poder constituinte, pois descumpre de forma deliberada o comando normativo constitucional de intervenção direta no exercício da atividade econômica. Esse é um caminho perigoso a ser percorrido, senão inconstitucional.[13] Ou seja, o Estado-empresário, assim considerado quando de sua atuação direta na atividade econômica, colide de frente com o comando do art. 173, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*: "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". Da determinação expressa, pode-se perceber, então, que o Estado somente poderá intervir na seara econômica quando cumprir os requisitos exigidos, quais sejam: "necessária aos imperativos da segurança nacional" ou "relevante interesse coletivo".

A questão em si é, em um primeiro momento, chegar o mais próximo possível de uma compreensão ideal do que venha a representar o termo que define a

[12] Para melhor entender, cita-se o caso da Vale, através do qual o Estado acaba mantendo em suas mãos o controle gerencial da companhia, muito embora a mesma tenha sido privatizada. Exemplo recente é o que ocorre com o acordo fechado que envolve a demissão do Presidente da companhia em razão do acordo de acionistas, no qual por trás se verifica a futura negociação em processo licitatório. Cabe também ressaltar que em matéria de poder de controle, que comporta várias modalidades, em especial a gerencial, destaca-se o posicionamento de Marcelo M. Bertoldi, para o qual, "o controle gerencial se faz sentir quando se verifica o controle interno totalmente desligado da titularidade das ações em que se divide o capital social, controle este oriundo da extrema dispersão do capital social, fazendo com que os administradores assumam o controle empresarial de fato, enquanto que os acionistas exercem a função de meros prestadores de capital" (BERTOLDI, Marcelo M. O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 118, abr./jun. 2000, p. 63). Essa situação, sendo a mais comum no mercado acionário privado, quando analisado no sistema de uma sociedade de economia mista suscita algumas observações. No entanto, o que merece ser destacado, por ora, é o fato de que a presença de modalidades diferentes de acionistas e administradores não minimiza o problema da gestão em si da companhia, ao contrário, ressalta na economia mista uma posição passiva do administrador frente aos comando do governo.

[13] Sobre este ponto em especial, cabe destacar a situação específica da intervenção do Estado na economia como agente exercente da atividade econômica, nos termos do que ocorreu e ainda ocorre, devido à crise de 2008. De forma a situar melhor o leitor no tema, a intervenção, tal qual como ocorreu à época, preenche os requisitos exigidos pelo *caput* do art. 173 da Constituição Federal brasileira, muito embora compreenda-se que o mais acertado deveria ter sido o de estabelecer prazo limitado para a atuação, de tal forma que a atuação por prazo ilimitado não se justifica. Diverso é o pensamento de Mario Engler Pinto Junior, para o qual a intervenção além de justificada deve ser para sempre. Pois defende o autor a permanência do Estado como agente exercente de atividade econômica nos termos em que o mesmo atua.(PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O Estado como acionista controlador*. São Paulo: Atlas, 2010). Particularmente, ressalta-se, defende-se tese contrária. O Estado não há de interferir na seara econômica como agente que exerce diretamente atividade econômica em sentido estrito. Se o sistema não passar por um processo de mutação, não há como defender que o mesmo age de acordo com os ditames constitucionais.

necessidade da intervenção em relação à segurança nacional, e mais ainda, qual a abrangência da expressão segurança nacional[14]; já num segundo momento, cabe a mesma observação para a definição/determinação do que possa englobar a expressão "relevante interesse coletivo". Tais requisitos são, ao fim e ao cabo, norteadores da aplicação do *caput* do art. 173 da Constituição Federal, bem como resultam no limite imposto ao Estado para que ele possa exercer de maneira direta qualquer que seja a atividade econômica. Obviamente que a atividade aqui mencionada há de ser aquela compreendida como "atividade econômica em sentido estrito", não abrangendo, portanto, a atividade econômica que pode ser compreendida como sendo serviço público.[15].

A argüição de inconstitucionalidade pode ser levantada não só pelo fato de que o comando normativo do art. 173, *caput*, da Constituição brasileira determina que a atuação do Estado seja subsidiária, como também em função do Estado se valer de sua posição majoritária para comandar as Companhias nas quais detém o controle acionário, ferindo os direitos fundamentais dos acionistas minoritários quando estes são preteridos em face do interesse público que fundamenta a ação

[14] Nesse sentido, "Não é fácil, para o intérprete constitucional, definir, com precisão, o que seja segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Note-se que, no particular, tal atribuição foi deferida, primeiramente, ao legislador ordinário, ao qual sempre se reconheceu uma certa amplitude de julgamento quanto à conveniência e oportunidade da atividade econômica pública. O certo é que a fluidez de tais termos projetam-nos no campo dos conceitos jurídicos indeterminados, a serem delineados em cada caso concreto. Não comportam eles, por via de conseqüência, definição linear e genérica que lhes confira sempre a mesma identidade" (BARROSO, Luís Roberto. *Modalidades de intervenção do Estado*, p. 408-409).

[15] Por todos, vide Alexandre Aragão, *Direito dos Serviços Públicos*, 2007. Assim, vale destacar que, Alexandre Aragão adota uma concepção restrita de serviço público, nos seguintes termos: "Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade." (ARAGÃO, Alexandre, *Direito dos Serviços Públicos*, p. 157). Infere-se a partir dessa conceituação o caráter econômico deste entendimento do serviço público, colocando a partir da leitura da Constituição, a atividade econômica explorada pelo Estado e o serviço público, como elementos formadores do conjunto atividade econômica *lato sensu*. Assim expõe o autor que "os serviços públicos têm por objetivo o atendimento direto de necessidades ou utilidades públicas, não o interesse fiscal ou estratégico do Estado, como ocorre com as atividades econômicas *stricto sensu*" (ARAGÃO, Alexandre, Direito dos Serviços Públicos, p. 47). De acordo com o autor, sendo a atividade econômica em sentido amplo: (i) quando assumida pelo Estado para atendimento às *necessidades* e utilidades públicas, considera-se serviço público; (ii) e quando assumida em atendimento à interesse fiscal ou estratégico, se é condizente à acepção de atividade econômica em sentido estrito. Deve ainda ser observado que para o mesmo autor, em material diverso, o mesmo expõe que, "A atividade econômica lato sensu destina-se à circulação de bens e/ou serviços do produtor ao consumidor final. O serviço público é a atividade econômica *lato sensu* que o Estado toma como sua em razão da pertinência que possui com necessidades ou utilidades coletivas. Há atividades econômicas exploradas pelo Estado, em regime de monopólio ou não, que possuem, naturalmente, interesse público, mas que não são relacionadas diretamente com o bem-estar da coletividade, mas sim a razões fiscais, estratégicas ou econômicas (p. ex., o petróleo, as loterias, em alguns países o tabaco, os cassinos, etc.)".

estatal.[16] Ao menos é com base neste interesse que o Estado tem buscado justificar sua "intromissão" nas atividades econômicas que não lhe é peculiar. Daí o questionamento: está o Estado autorizado constitucionalmente, mesmo considerando uma interpretação mais aberta do princípio da subsidiariedade, a (re)tomar setores destinados à iniciativa privada mesmo na ausência de legislação específica, justificando-se com base no interesse público? Ao que tudo indica: não!

Mas não é só isso. Tem-se assistido a uma série de tomadas de decisão via Executivo que estão em total desalinho com as normas constitucionais e que, de certa forma, afrontam as competências institucionais pré-estabelecidas. Como exemplo, cita-se o caso da autorização dada à Petrobras pelo chefe do Executivo para que a estatal aumente o preço da gasolina (combustíveis em geral e outros insumos em particular). O fato é: quem tem, efetivamente, a competência para estabelecer preços? É esta uma função do Presidente da República, da Petrobras, do Ministério de Minas e Energia ou, ainda, da Agência Nacional do Petróleo (ANP)[17]? Nota-se, por ora, que em todas as instituições a manifestação de vontade emana de uma só pessoa, causando, portanto, aparentemente um conflito de competências.

Se a reestruturação do Estado brasileiro, caracterizada pelo desmonte do Estado, era parte de uma agenda de reforma estatal que marcou a economia globalizada, ainda nos idos de oitenta, e se evidencia ainda como um projeto

---

[16] [...] a noção de interesse público pode ser entendida como expressão do valor público que em si mesmas têm certas coisas, ou bem como expressão daquilo que interessa ao público. No primeiro caso trata-se de uma noção objetiva, que designa uma qualidade das coisas, uma qualidade cuja existência independe de que alguém a estime. No segundo, pelo contrário, trata-se de uma noção subjetiva, expressão do que, de fato, interessa a uma pluralidade indeterminada de pessoas. Neste caso, o interesse público, necessariamente, deve ser considerado em sua vertente subjetiva, porque a política econômica do Estado necessita que suas intervenções sejam adaptáveis, de modo flexível, às contingências e mudanças econômicas; em conseqüência, o que possa ser hoje considerado como de interesse pode não sê-lo amanhã. [...] interesse público, que é o responsável pela mediatização entre a realidade e a noção de serviço público industrial e comercial, e também pela distinção entre este e a atividade econômica do Estado, podemos agora fixar os conceitos de ambas as atividades. [...] por atender a necessidade essencial, ou quase essencial, da coletividade, apresenta um interesse público objetivo em sua gestão. E, atividade econômica do Estado é aquela que ele resolve assumir, dentro de sua política econômica, observados os princípios constitucionais de ordem econômica, por julgar que tal atividade consulta ao interesse público da mesma ordem (interesse público subjetivo). [...]" (MUKAI, Toshio, op.cit., p. 221).

[17] Conforme se verifica no próprio site da ANP: "A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) é uma autarquia integrante da Administração Pública Federal, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Tem por finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, de acordo com o estabelecido na Lei nº 9.478, de 06/08/97, regulamentada pelo Decreto nº 2.455, de 14/01/98, nas diretrizes emanadas do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e em conformidade com os interesses do País".

inacabado[18], então está mais do que na hora de serem observadas as movimentações contrárias à proposta inicial, de sorte a justificar fundamentadamente este processo inverso no qual o Estado tem se mostrado um grande investidor, a exemplo do que ocorre com a Petrobras. E não é só no setor energético, e mais especificamente do petróleo que o Estado demonstra sua perspectiva empreendedora não. No setor de prestação de serviços, como o bancário, tal movimentação é evidenciada as claras. A titulo de exemplo, cita-se o interesse e os acordos prévios que possibilitaram, inclusive, a aquisição do Banco da Patagônia pelo Banco do Brasil. A suposta compra não se limita a parte de ativos e sim ao efetivo montante de ações que garanta o poder de controle pelo banco brasileiro, o qual, a bem da verdade, não podemos esquecer, é uma sociedade de economia mista. Tudo bem até aí, mas e o lado estatal, como fica? Eis o grande problema a ser enfrentado hoje pelo setor, inclusive o que envolve o BNDES.[19]

Certamente que muito ainda há por ser feito em termos de reforma institucional, de maneira a dar sustentação ao novo modelo de Estado.[20] E é diante deste novo modelo de Estado que se inserem os questionamentos em relação à efetividade das normas constitucionais no que diz respeito ao papel subsidiário do Estado. Ou seja, se o sistema de privatização implantado no Brasil tinha por objetivo retirar ou afastar o máximo possível o Estado da seara econômica, com que "legitimidade" ele intervêm e passa a dominar setores específicos da economia? E mais, se a crise do serviço público é capaz de colocar em xeque a aplicação de determinado regime jurídico[21], qual é realmente o papel que o Estado desempenha

[18] Nesse sentido, conferir Luis Roberto Barroso, Agencias Reguladoras, p. 29-56.
[19] Sobre o BNDES, cabe observar que, "Hoje o Estado precisa atuar mais na coordenação e no incentivo às decisões de mercado do que na intervenção direta na economia. Não se trata de voltar ao período em que o desenvolvimento econômico era capitaneado por empresas estatais. Trata-se, hoje, de desenvolver novas formas de atuação do Estado para promover o progresso tecnológico e social da economia, de modo consistente com a estabilidade fiscal e monetária, e em um contexto de maior abertura comercial e financeira do que no passado". (MANTEGA,Guido. O BNDES e o Novo Ciclo de Desenvolvimento. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 12, n. 23, p. 3-16, jun. 2005, especialmente p.14)
[20] Nesse sentido, vale mencionar que "Nos últimos anos, várias empresas estatais realizaram ofertas públicas primárias e secundárias de ações para se transformarem em companhias abertas listadas em bolsa de valores no país e no exterior, ou simplesmente para aumentarem a base acionária já existente. O acesso ao mercado de capitais serviu para justificar a assunção de obrigações adicionais com as chamadas boas práticas de governança corporativa, que buscam essencialmente proteger a empresa estatal contra ingerências políticas do acionista controlador público, capazes de afetar negativamente a rentabilidade das operações. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O Estado como acionista controlador*. São Paulo: Atlas, 2010).
[21] Cabe explicar que, de acordo com o posicionamento de Eros Roberto Grau (2003), não há unicidade de regimes conforme sugerida pelo Decreto-Lei nº 200/1967. Dessa forma é que trataremos do tema no sentido de

quando equiparado à iniciativa privada? Obviamente que não há uma única resposta correta. Para que se possa, entretanto, verificar uma posição adequada, é importante que se verifique, em princípio, e no caso concreto, o conflito existente entre uma posição política e uma posição juridicamente correta quando da tomada de decisões no interior de uma sociedade de economia mista. Ressaltando, ainda, que tais interesses e posições são decorrentes de interesses existentes em uma sociedade de economia mista[22].

1.2 Intervenção e atuação do Estado na ordem econômica: sentido e alcance do artigo 173, caput, da Constituição Federal

Ressaltando a limitação da atuação estatal na seara privada, cabe lembrar que com o advento da Constituição de 1988, restou estabelecido que a participação direta do Estado na economia somente ocorreria em situações de excepcionalidade. De acordo com o art. 173, *caput,* o Estado somente poderá exercer atividade econômica de forma subsidiaria.[23] Ou seja, não é dado ao Estado adentrar livremente na seara privada, de tal sorte que a intervenção somente ocorrerá nos casos em que a iniciativa privada não possuir interesse ou meios adequados para o devido exercício da atividade em questão. Além disso, é necessário que se preencha um dos requisitos exigidos pela norma constitucional, os quais foram

---

regimes jurídicos.Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

[22] Nesse sentido, vale lembrar que a atuação do Estado na economia, após a crise mundial de 2008, a qual passou a ser recepcionada por vários sistemas jurídicos, de tal sorte que os tornou mais flexíveis. Para esclarecer melhor o tema, expõe-se as palavras de Mario Engler Pinto Júnior, para o qual, "Ainda quando a opção política seja amplamente favorável ao livre mercado, a presença estatal no domínio econômico pode se tornar necessária por razões conjunturais, quase sempre associadas a crises financeiras agudas que ameaçam a sobrevivência de importantes empresas privadas e podem inclusive gerar risco sistêmico. Nessas ocasiões, o Estado vê-se compelido a assumir atividades consideradas estratégicas para assegurar sua continuidade e prevenir a comoção social, como de fato ocorreu no segundo semestre de 2008, diante dos problemas gerados pelo esfacelamento dos mercados financeiros globais. A situação extremamente grave tornou necessária a intervenção profunda e articulada dos governos nacionais para preservar a credibilidade do sistema de trocas e tentar evitar o colapso da economia mundial. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O Estado como acionista controlador*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 20).

[23] Vale ressaltar que a atividade econômica mencionada no caput do art. 173 é a atividade econômica em sentido estrito, não comporta, portanto, a modalidade de serviço público. Esta, aliás, é função/dever do Estado, de tal sorte que é ele obrigado a prestar serviço público, seja na forma direta ou indireta, através de concessão ou permissão, conforme se depreende dos arts. 175 e 176 da Constituição.

brevemente mencionados anteriormente, qual seja, há de ser a atividade de (i) relevante interesse coletivo ou (ii) necessária aos imperativos da segurança nacional.[24] No caso em que não se verificar o preenchimento de tais requisitos, não poderá o Estado intervir diretamente na seara econômica. Deve ser ressaltado que é um ou outro, não sendo necessário que haja o preenchimento concomitante de tais requisitos.[25]

O limite posto ao Estado para que este possa atuar apenas de forma subsidiária deriva da opção inequívoca feita pelo Constituinte de que o Estado brasileiro fundamenta-se na livre iniciativa. E mais, que o sistema econômico adotado no país é o de livre mercado. E em assim sendo, a intervenção direta do Estado somente poderá ocorrer em conformidade com os ditames constitucionais. Do contrário, haverá flagrante desrespeito à Constituição. Cabe ainda observar que, a livre iniciativa, além de ser um dos fundamentos da República, figura como princípio da ordem econômica.[26]

O papel a ser desempenhado pelo Estado, de acordo com a nova política econômica e não intervencionista direta, conforme determina a Constituição, requer

---

[24] Sobre o tema, conferir Luis Roberto Barroso e Roberto Ribeiro Bazilli. Cabe ainda ressaltar que, para Bazilli, o "gigantismo, em aparente contradição, leva o Estado intervencionista a se esgotar; sobrecarrega o Estado com tarefas dispensáveis e que são melhores desempenhadas pela iniciativa privada; dificulta a adequada realização das atividades essenciais do Estado; a eficiência diminui bem como acarreta a insuficiência de recursos (...)". BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Nova Modalidade de Parceria*. Revista dos Tribunais. São Paulo: v. 779, p. 79-92, set. 2000.

[25] Vale mencionar que o jornal O Valor Econômico trouxe estampado na sua capa, no dia 13 de julho de 2010, que o Governo Lula criará sua 12ª estatal, a Empresa Brasileira de Seguros S/A – SEGUROBRAS – (EBS). De acordo com a notícia vinculada, a iniciativa se mostra perplexa com a situação, uma vez que o monopólio de resseguros foi quebrado há cerca de dois anos e meio. De acordo com o presidente da Confederação do setor, Jorge Hilário Gouvêa Vieira, "há um claro conflito de interesses, pois o governo vai segurar seus próprios contratos". No entanto, deve ser mencionada que por enquanto a criação da mesma se encontra suspensa. Diante disso, cabe destaque para a seguinte nota: "A segurobras não vai mais acontecer, a fazenda em reunião com o setor privado deve propor outros moldes... uma estranha agencia de garantias surgirá, com poderes de atuação direta e indireta, sendo a direta subsidiária" poderá assumir a cobertura integral do risco de grandes projetos de infraestrutura nas situações em que as empresas de seguro não demonstrarem interesse." e a indireta no caso de complementação da garantia de risco de mercado atuando no segmento do co-seguro 'apesar de já existir a estatal do resseguro'. O complicado na minha opinião é que a "agência" será capitalizada com alguns dos fundos garantidores existentes... já é certa a fusão dos fundos: de PPP's; do setor naval; e sistema elétrico, para criar um único fundo. a agencia vai contar com uma alavancagem de 5 X o capital.

[26] Nesse sentido, conforme observa Luís Roberto Barroso, "como natural conseqüência do princípio [livre iniciativa], a legitimidade da atuação estatal na ordem econômica se dá em hipóteses restritas, como nos casos de monopólio público expressamente previsto no texto (e.g., art.177) e nas que vêm enunciadas no *caput* do art.173 [...]". Cf. BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 18, p. 88-109. São Paulo: Malheiros, 1997, especificamente p. 90. Sobre o tema, conferir também SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 709-741.

que sejam observadas com certa reserva algumas atividades hoje realizadas pelo Estado.[27] O programa de desestatização proposto e implantado visava afastar o Estado da seara econômica. Ou seja, objetivava o afastamento do Estado como agente exercente de atividade econômica de maneira direta; como agente de intervenção direta e monopolista. Ressalta-se, no entanto, que o movimento hoje realizado pelo Estado não se coaduna com os objetivos constitucionais, de tal forma que, nos últimos anos onze novas estatais foram criadas, demonstrando não só uma intervenção sem a observância dos parâmetros constitucionais, bem como ressalta a permanência do Estado como agente executor e controlador de atividades econômicas. Observando, ainda, que tal intervenção acarreta o entendimento de uma intervenção que se pauta em comandos normativos injurídicos e até mesmo inconstitucionais. Tal afirmação pode ser feita se verificada que, por vezes, a interferência, via modalidade regulatória também ocasiona o controle estatal de determinadas atividades. E mais, a atuação também se verifica por meios de modalidades de concessão e participação. No entanto, a intervenção a qual se limita a discutir neste trabalho é a atuação que deriva necessariamente da participação do Estado como acionista controlador, e mais especificamente na modalidade empresarial de sociedade de economia mista. Além disso, cabe também mencionar que o Estado é um dos maiores representantes da seara empresarial.[28] Para ilustrar, ressalta-se que o exercício direto da atividade econômica é bem acentuado quando realizado via Petrobras, Banco do Brasil e BNDES. Lembrando que ambas as atividades exercidas pelas duas primeiras companhias são consideradas econômicas em sentido estrito. Há de se ressaltar ainda o BNDES, que também possui forte interferência na economia e que está diretamente envolvido com as negociações empresariais, não só das já destacadas, bem como do setor empresarial como um todo. No entanto, observa-se que o papel a ser

[27] Aqui vale destacar o que Alexandre Aragão cita em um de seus artigos, quando menciona o posicionamento de Bruno Leal Rodrigues. De acordo com Aragão, referido autor cita pelo menos três novas formas de associação entre o Estado e a iniciativa privada, como expressões da atualização da atuação direta do Estado na economia em uma era pós-desestatização: (a) os acordos de acionistas, (b) a formação de consórcios e a (c) participação em outras empresas. Nesses casos o Estado se vale de mecanismos preponderantemente societários - e não mais tanto regulatórios ou de fomento - para atrair e direcionar o comportamento de capitais privados.

[28] Nesse sentido é que cabe dar destaque a expressão de Sergio Guerra, que com notável sabedoria transcreve a presença do Estado no mercado magnificamente quando a reduz ao “neoempreendedorismo estatal”. GUERRA apud ARAGÃO, Revista dos Tribunais, p. 38. GUERRA, Sérgio. Neoempreendedorismo Estatal e os Consórcios com Empresas do Setor Privado. In: Direito Empresarial Público II. Organizadora: Carla Marshall. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

desempenhado pelo BNDES deveria ser meramente de financiador, o que acaba não acontecendo na realidade. Deveria ele limitar-se às questões de desenvolvimento econômico do país, ligados principalmente a questão de infraestrutura, fato este que há muito não ocorre. Serve o BNDES, então, apenas como mais um exemplo de Instituições que sofrem desvios, no dia a dia, de suas reais funções, que estão, ao fim e ao cabo, à disposição dos interesses governamentais.[29]

Verifica-se, por ora, que o Estado está em total desalinho com os comandos constitucionais, de tal forma que realiza movimento em sentido contrário ao anteriormente proposto. Isto é, está em desacordo com o movimento pró-privatização e afastamento do Estado da seara privada, cabendo observar que há um processo de resgate de alguns setores da economia por via da aquisição do controle de determinadas companhias.[30] O Estado está, a bem da verdade, na contramão da proposta inicial de ser um Estado forte e não intervencionista, pois somente um Estado mínimo poder ser forte o bastante para promover o bem estar geral de todos. Ademais, este é o fim do Estado, o interesse público no seu sentido mais estrito possível, de bem comum. Tanto é assim que a existência de um processo de re-estatização enfraquece o Estado e o deixa nas mãos de poucos, que o governam momentaneamente e não constantemente se fosse o caso de ser a bem da vontade dos governados.

Pois bem, não se pode crer que um povo ainda que faminto de comida e educação prefira investir em publicidade a investir em saúde pública, haja vista, inclusive, o problema de ser o orçamento um cobertor demasiadamente pequeno e incapaz de a todos aquecer.[31] Nesse sentido é que serve a Vale como exemplo de companhia privatizada, que ao invés de acarretar prejuízo aos cofres públicos hoje é fonte de arrecadação de impostos por parte do Estado. No entanto, referida

---

[29] Cabe mencionar aqui o fato de que o BNDES foi o grande financiador do aumento de capital da Petrobras, juntamente com o Fundo Soberano, no ano de 2010. Nesse sentido, "O BNDES e o Fundo Soberano do Brasil (FSB) entraram com R$ 37,074 bilhões na capitalização da Petrobras e vão ficar, juntos, com 17,4% do capital total da companhia. Antes do processo, as duas entidades tinham participação conjunta de 10,2% na estatal." Disponível em: http://www.oninvestimentos.com.br.

[30] Sobre o tema, conferir: PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O Estado como acionista controlador*. São Paulo: Atlas, 2010.

31 Sobre o tema de políticas publicas, conferir: BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jusrisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

companhia acaba sofrendo uma forte intervenção do Estado, vez que este é um dos seus maiores acionistas, propiciando, concomitantemente uma influência política na companhia muito grande.

Além do mais, é possível sim falar em re-estatização, ainda que esta venha se dando de maneira quase que despercebida. A re-estatização efetiva não ocorre meramente pela retomada de determinadas atividades antes pertencentes ao Estado e por ele desenvolvidas em regime de monopólio. É justamente neste ponto, onde o Estado aos poucos adentra ao Mercado, meio que sorrateiramente, que se diz ocorrer o retorno ao *status quo* ante. Por exemplo, quando o Estado se torna também um grande investidor. Ao investir nas companhias privadas livremente, através de outras companhias das quais possui participação, ainda que minoritária, está o Estado, de certa forma, tomando pra si o comando da companhia, pois a sua ingerência política na administração da empresa é tamanha que compromete o bom andamento das negociações, como se pode esperar em um mercado de livre concorrência e livre iniciativa.[32]

Pois bem, e a Constituição, que papel efetivamente possui diante dos interesses do Executivo? Este é um questionamento que deve ser feito quando se analisa, por exemplo, a interferência do Estado, através de um ente, no exercício direto de atividade econômica, sem que a Constituição o autorize a fazê-lo. O caso em tela diz respeito à aquisição da totalidade ou de parcelas de grandes companhias antes privatizadas, por exemplo, pela própria Petrobras (e outras estatais, e pelos seus fundos de pensão)[33]. E ainda, o ingresso mesmo da Petrobras no setor de energia elétrica e até mesmo a vontade declarada do Presidente da República de retomar o monopólio da exploração do petróleo e criação de uma nova estatal no setor.[34] Fato este que acabou sendo consolidado quando da criação da petrosal.

---

[32] Sobre o tema, conferir: PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O Estado como acionista controlador*. São Paulo: Atlas, 2010.

[33] Sobre o tema, conferir RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de Pensã*o: temas jurídicos. Renovar, 2003.

[34] A discussão em torno da modificação da Lei do Petróleo, que tem como base as recentes descobertas de reservas na camada de pré-sal, aventava a possibilidade de criação de uma nova estatal no setor. De acordo com a proposta lançada pelo Ministro Edison Lobão, de minas e energia, e rechaçada, num primeiro momento, pelo presidente da Petrobras, Sérgio Gabrielli, a nova estatal, 100% de capital do governo, permitiria um maior controle, obviamente que por parte do governo, da exploração de tais reservas. A necessidade de que seja integralmente de capital público (União) permitirá a aplicação de dois tipos de modelo de exploração petrolífera:

Apenas para efeito de esclarecimento, deve ser lembrado que este trabalho vem sendo ao longo dos anos constantemente reelaborado e readequado aos ditames do cotidiano, pois a toda momento surge uma nova informação e é preciso refazer o modo e a abordagem do tema, pois fica ele diariamente quase que ultrapassado. Não significando com isso que possa ser um trabalho datado, mas tão somente que o que ocorre no cotidiano vem de encontro ao que se procura demonstrar durante a apresentação do mesmo. Isto é, de que o Estado, embora com limitações expressas adentra a seara privada e exerce sem maiores preocupações atividades empresariais destinadas a seara privada, ao investimento privado, e, portanto, seguidoras de normas privadas e não publicas/administrativas. Não sendo, portanto, uma tarefa fácil, conquanto só reafirme a tese de que o Estado retoma a seara privada para si em movimento silencioso e assevera o conflito de interesses que existem entre o público e o privado, e mais ainda, quando envolve sociedades de economia mista, as quais são, no mínimo, bipolares, para não dizer esquizofrênicas na sua essência[35].

---

o de (i) partilha e o de (ii) prestação de serviços. De acordo com o primeiro modelo, o óleo extraído pertenceria à União e a empresa pública (nova estatal) contrataria as petroleiras para a exploração dos campos. Estas receberiam ou em dinheiro ou em petróleo pelo serviço prestado. Já no segundo modelo, a nova estatal contrataria as petroleiras na condição de prestadoras de serviço. Cabe observar que além da possibilidade de criação de tal estatal a reforma almejada pela cúpula do governo objetivava maior arrecadação em termos de royalties. Não é só uma questão de defender a nacionalização do petróleo e de garantir que o petróleo pertence ao povo brasileiro e não à Petrobras, como se diz. É, ao contrário, mais uma forma de controle político. De acordo com o Presidente Lula, que criou uma comissão interministerial para analisar especificamente o tema, o petróleo deverá servir para financiar, por exemplo, a educação. Em relação à comissão, cabe observar que ela era formada por cinco ministros: Edison Lobão, de Minas e Energia; Dilma Rousseff, da Casa Civil; Miguel Jorge, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Guido Mantega, da Fazenda; e Paulo Bernardo, do Planejamento, também contava com a participação do presidente da Petrobras, José Sérgio Gabrielli, do presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômicos e Social (BNDES), Luciano Coutinho e o do diretor-geral da Agência Nacional do Petróleo (ANP), Haroldo Lima. Como se vê, o problema está mais voltado para o campo da política que necessariamente para o campo do desenvolvimento econômico de bases estruturais isonômicas. Obviamente que em razão da descoberta do pré-sal, houve a necessidade também de reestruturar questões específicas em relação ao petróleo, de tal maneira que um novo marco regulatório foi estabelecido.

[35] Nestes termos, conferir o entendimento de Toshio Mukai em sua tese de doutoramento que recebe o título de "O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais". Assim, segundo o autor, "E porque toda a atividade do Poder Público sempre pressupõe o dado da competência, elemento estranho ao direito privado, não há possibilidade de o Estado atuar com capacidade privada, afastando esse elemento: 'O conceito de competência não substitui o de capacidade mas o sobrepõe, pois o Estado é sempre e tem capacidade de direito e de seu exercício, mas cada uma das faculdades faz parte da competência de um órgão, pelo que não poderá ser exercitado pelo Estado senão por meio da competência.' O problema, no entanto, se aguça, quando se parte para a Administração indireta ou descentralizada. Aí, como por um milagre, o Estado veste formalmente a roupagem do direito privado e passa a ser, legalmente, personagem privada, praticando atos 'de direito privado'. É a doutrina majoritária que assim entende, cujo esquema conceitual se pode verificar, a título de exemplo, no seguinte trecho de um artigo publicado em nosso país: 'Pela mesma razão, não pode prosperar a pregação feita por alguns estudiosos no sentido de que a empresa pública seria pessoa de direito público com personalidade jurídica de direito privado. De fato, apesar do fascínio dessa tese, provocado principalmente pela satisfação que ao mesmo tempo proporciona aos privatistas e publicistas, a admissão da personalidade como atributo de

Assim, diante de tudo que vem ocorrendo ao longo dos últimos anos, e mesmo após a imposição de limites a atuação do Estado, o que se pretende não é proibir o mesmo de atuar, mas tão somente que se faça uma releitura adequada e que um novo paradigma seja verificado. Tal requisito é fundamental para que se possa permitir tamanha intervenção do Estado na economia como agente explorador de atividade econômica.

Com o que vem ocorrendo com a Petrobras, por exemplo, é possível perceber que realmente a força normativa da Constituição, quando considerada no cenário político atual, é mitigada pelas políticas públicas implementadas pelo Executivo. Ao tempo em que deve proteger a livre iniciativa e a livre concorrência há também de proteger os interesses dos consumidores e dos acionistas minoritários.[36] Colocados todos esses interesses em uma só balança fica difícil determinar o ponto ótimo de equilíbrio entre os mais diversos interesses que se entrelaçam, dificultando até mesmo a própria separação entre o interesse público, efetivamente, e os interesses privados que se verificam e se estabelecem na formação mesma da vontade social de uma sociedade de economia mista[37]. Nesse ponto, novamente, pode-se mencionar o exemplo do financiamento dado a Petrobras pelo BNDES.[38]

Assim, diante do comando constitucional que impõe ao Estado um papel subsidiário na execução de atividades econômicas, uma sociedade de economia mista, tal qual a Petrobras, está também submetida a este comando e a outros também constitucionalmente estabelecidos. Não há suporte legal que possa dar

---

natureza distinta da pessoa que a exerce, nos parece geradora de um hibridismo condenável além de levantar suspeições interpretativas onde a palavra do legislador foi suficientemente clara.'" (MUKAI, Toshio, op.cit,.p 39-40)

[36] Neste ponto, vale mencionar que a empresa deve ser vista como um feixe de contratos nos quais não pode predominar apenas a vontade dos sócios ou do detentor do controle, e sim que ela deve ser voltada para o mercado como um todo, permitindo a atuação dos *shareholder* e *stockholder* na medida do maior benefício possível ao maior número de colaboradores ponderados no caso concreto.

[37] Toshio Mukai, ao citar Marienhoff, destaca que, para este, "' (...) do mesmo modo que quando o administrado ou particular atua no campo de direito público, o faz – por princípio – com base na capacidade que lhe concede o direito privado, quando a Administração Pública atua no capo do direito privado, o faz com base na competência que lhe atribui o direito público, âmbito natural da Administração pública. De modo que também o administrado ou particular, junto à sua capacidade normal ou ordinária que lhe reconhece ou outorga o direito privado, tem a capacidade excepcional que lhe permite atuar no campo do direito público.'" (MUKAI, Toshio, op.cit, 46)

[38] Em relação ao fato de que o BNDES tem financiado o Estado, cabe mencionar o forte envolvimento das instituições públicas no sistema de organização de um Estado evidentemente adquirido pelo povo e que é comandado por uma força política nunca antes exposta com tamanha clareza, de tal forma que nada se sabe e quando é sabido por todos justifica-se na traição. Tal nota merece esclarecimento pelo fato de que não cabe justificativa por parte do governo federal e sim que o mesmo deve manter sob vigilância constante àqueles que ao povo devem servir, o que, evidentemente, muito não vejo ocorrer. É uma situação cíclica da qual nem mesmo a melhor das ciências pode explicar.

sustentação a uma atuação arbitrária quando esta atuação contraria um comando maior. Vale dizer, não há lei infraconstitucional que subsista quando é patentemente contrária a uma norma constitucional e tampouco há interpretação que possa respaldar tamanha afronta aos princípios constitucionais. Além disso, e em sendo observados os comandos constitucionais, se não há autorização em lei para que haja determinada atuação, não pode a sociedade de economia mista atuar, ainda mais se o ato cometido estiver fora dos limites estabelecidos e extrapolar o objeto social da companhia.[39] E mais que isso, quando a autorização excepcionalmente concedida perde o objeto de sua existência não assiste razão em manter referida autorização.

No caso do Banco do Brasil, em especial, a lei que autoriza que o mesmo adquira a participação em outros bancos para evitar um rombo ainda maior na economia, como recentemente aconteceu, e a partir do momento em que o Executivo, na pessoa do seu representante maior diz que não há mais crise ou que a crise não existe mais, o objeto da lei que autorizava a intervenção do Estado na economia, aos moldes do que proclama o art. 173 da Constituição Federal e nos termos da interpretação que hoje se dá à norma referida, deixa de existir. Assim, a intervenção direta do Estado na economia, a atuação do Estado-empresário, esbarra na inconstitucionalidade em face da perda do critério que autoriza tamanha intervenção: seja sob os auspícios da segurança nacional ou do interesse coletivo. Em ambas as situações não há suporte constitucional para manutenção da intervenção direta do Estado na economia que só faz com que o mesmo retome uma posição majoritária frente aos espaços decisórios, no caso em tela, da prestação de serviços bancários dentre outros.

As sociedades de economia mista não podem atuar para além dos limites de seus estatutos sociais. Também não podem atuar livremente no mercado como se realmente fossem companhias privadas. A configuração de sociedade de economia mista e a caracterização como empresa estatal impedem o atuar de ambas com tamanha liberdade.[40] E por assim ser é que a sociedade de economia mista se

[39] Sobre o objeto social da companhia, este será abordado em momento oportuno.
[40] Nesse sentido, vale transcrever as palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que defende a seguinte posição: "não é o capital misto que configura a sociedade de economia mista, pois o termo 'economia' sugere conteúdo mais amplo que 'capital'. Na verdade, o seu traço marcante é a participação necessária do Estado na

diferencia das demais. O que ela proporciona é uma maior segurança ao investidor, mas isso não faz dela uma sociedade eminentemente privada, pois se assim há de ser, este trabalho não resistirá aos ataques e nem a defesa do interesse público da sociedade de economia mista, principalmente no que diz respeito a sua liberdade de atuação. A sociedade de economia mista não é livre para atuar em qualquer setor, pois o comando da companhia pertence ao Estado, que tem sua limitação imposta no *caput* do artigo 173; já mencionado varias vezes neste trabalho.

Há que se ressaltar, portanto, que a exploração de atividade econômica por parte do Estado, através das sociedades de economia mista, da maneira como dispõe o sistema jurídico pátrio é limitado. Não é a sociedade de economia mista livre para atuar na seara do livre mercado. Tal qual como a mesma se encontra é ela limitada pelo próprio interesse público que talvez, ressalta-se, tenha sido utilizado como argumento que possibilitou a sua autorização para ser criada. Destaca-se ainda que, regra geral, por ser o interesse público um conceito indeterminado o mesmo sofre mutações constantes e nem sempre o interesse que autorizou a criação da sociedade de economia mista se identifica com o interesse público que norteará a tomada de decisão por parte do ente estatal que está no comando da sociedade de economia mista. E mais que isso, muitas vezes o interesse público é mesmo confundido com o interesse político do momento e acaba por influenciar no encaminhamento da tomada de decisão, podendo, inclusive, ser em tal ponto avocado o conflito de interesses nos termos legais determinados pela própria lei anonimária.[41]

O fato do poder de controle estar na mão do Estado não significa que a mesma atua em defesa do interesse público primário, pois serve de instrumento de interesses privados quando nas mãos dos governantes. Não podemos afirmar que pelo simples fato de ser sociedade de economia mista a mesma age em benefício do interesse da coletividade.[42] No entanto, se a defesa da sociedade de economia

---

sua direção, pois este é o elemento que lhe confere o poder de atuar, de decidir, em nível de execução, sobre a atividade que lhe foi cometida por delegação legal". Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 263.

[41] Lei n. 6404/76, em especial, art. 156.

[42] Em sentido oposto, defendendo a posição pública do Estado, Mukai se manifesta da seguinte forma: "O que o Estado tem, como ente legitimado a criar a norma jurídica (o que o particular não pode fazer), é a possibilidade de atuar com a aparência de ter uma capacidade jurídica de direito privado, em certas hipóteses. Afirmar que tal aparência é real, porque se trata do Estado, é negar qualquer valor jurídico ao conceito de capacidade jurídica. É

mista for realizada pela perspectiva de que pode atuar livremente devido ao seu viés privado, conquanto minoritário, então, o interesse público que norteia a sociedade de economia mista desaparece na sua instituição. Resulta daí que a sociedade deve agir em prol do seu próprio interesse de tal sorte que isso não proporciona, em sentido amplo, que o Estado pode ao se utilizar dela como instrumento seu para atuar na esfera privada. Ao Estado só é dado atuar quando for para garantir o interesse público primário, jamais o secundário, e tampouco os alheios a vontade social – da companhia – de modo geral.[43]

Ressalva deve ser feita em relação à união de capital público e privado sem que necessariamente este forme efetivamente uma sociedade de economia mista nos termos da legislação vigente. O que se está a discutir neste trabalho é o que está posto conforme normas legais, dentre elas, não só o que diz respeito aos comandos normativos da Constituição Federal vigente, bem como da lei infraconstitucional, mais especificamente os decretos n. 200 e n.900, assim como a

---

necessário não olvidar que o Estado, desde que no 'Estado de Direito', não pode, antes de tudo, negar segurança jurídica ao administrados. E segurança jurídica diz com a previsibilidade das relações jurídicas que vão se travar. Se o Estado realmente pode ter dupla capacidade jurídica, ser-lhe-á sempre possível invocar uma ou outra no curso de uma relação com total imprevisão para o particular, e com total quebra dos princípios que informam e devem informar a atuação do Estado, em atenção aos interesses públicos, pelos quais deve zelar." [...]. E ainda, "O Estado, por ter como finalidade a consecução do interesse público, jamais pode atuar sob princípios do direito privado, especialmente sob o da autonomia da vontade. Ao contrário, toda a sua atividade (desde a própria dele) está informada por outros princípios, especialmente o da legalidade, que permeia, com o da finalidade (pública), todos os atos da Administração, enquanto no exercício de missões próprias e originárias do Estado."[...] "A personalidade jurídica do Estado é única, e esta é pública. [...] ao Estado não se pode senão negar a capacidade jurídica de direito privado, enquanto atuando em atividades que lhe são próprias." (MUKAI, Toshio, p.47- 49). E mais, ao citar José Cretella Júnior, o autor destaca o seguinte entendimento: 'Empresa pública é uma organização para a produção privada ou pública, assumida pelo Estado, sem objetivo de lucro, mediante o desempenho de atividade econômica ou de serviços públicos, submetida a regime jurídico não integral de direito comercial, ou seja, sob o impacto de leis comerciais e civis, mas não em toda a sua pureza, em razão da presença obrigatória do Estado. [...] a empresa pública, nem por isso, é submetida a regime puro de direito privado, idêntico àquele a que está sujeita a empresa privada, porque, neste modelo empresarial que estamos analisando, está presente o poder público movimentando capitais públicos. Desse modo, o regime jurídico privado, que incide sobre a empresa pública, apresenta derrogações, distorções ou exorbitâncias, ditadas pela presença, na empresa, de capitais governamentais. A presença do Estado, na empresa pública, derroga alguns traços característicos do regime jurídico privado, que, em princípio, passou a nortear a empresa'. (MUKAI, Toshio, op.cit, p. 50-51)

[43] Nesse sentido, conferir Luis Roberto Barroso, prefácio interesse público vs. Interesse privado. No mesmo sentido, a declaração recente do presidente do Banco do Brasil, ao jornal valor econômico, no qual afirma que deve haver um mínimo de retorno para que o Estado invista, ainda que seja para cumprir com sua função de desenvolvimento regional. Em suas palavras: "[...] lugares onde a rentabilidade não é tão atraente para um concorrente privado, mas que o BB, dentro de um papel de agente de desenvolvimento do país, pode ir lá *desde que tenha uma rentabilidade mínima*" (grifo nosso). Se observarmos as palavras de Toshio Mukai, é nitidamente compreensível que a declaração do então presidente do Banco do Brasil realmente está fora dos padrões idealistas dos administrativistas, ou dos que tratam o Direito Administrativo com o devido respeito. Ainda segundo o autor, "Nesse sentido, nada nos impede tomar a expressão 'empresa', no direito público, como sendo atividade do Estado. Empresa nessa acepção significa empreendimento, sem a conotação finalística do lucro, embora este possa existir e seja apenas secundário, posto que 'o motor da ação administrativa é a perseguição do interesse geral, ou ainda, da atividade pública..." (MUKAI, Toshio, op. cit., p 263)

própria lei das sociedades anônimas. Portanto, não estamos analisando a junção de capitais ou a mera participação do Estado, ainda que através de seus entes da Administração Pública Indireta nas participações societárias de um modo geral. Ressalta-se, trata-se especificamente de um tipo societário pré-definido. Assim sendo, o que deve ser supostamente aventado em termos de sociedade de economia mista há que ser nos termos das normas postas. A proposta do meta-interesse não cabe se não para reverter o atuar inconstitucional das mesmas. Isto é, para garantir ao Estado sua atuação na seara empresarial sem que o mesmo passe a agir de forma ilegal, acarretando, portanto – dependendo da situação e do caso concreto – até mesmo a nulidade do ato considerado perfeito.

Dessa forma, embora revestida de personalidade jurídica de direito privado, ainda que nos termos estabelecidos no art. 173, §1º II da Constituição, o impedimento advém justamente do fato de que parte do capital, portanto, parcela majoritária, detentora do poder de mando, pertence ao Estado. Do contrário, se pudesse a sociedade de economia mista atuar livremente sem que houvesse autorização expressa no seu estatuto haveria flagrante inconstitucionalidade, isso nos termos do que determina o art. 37, XIX e XX da Constituição.[44]

[44] Esse posicionamento pode ter aporte na afirmação feita por Toshio Mukai, para o qual, “Essa doutrina da personalidade jurídica do Estado, admitida sem discussão no direito público moderno com referência ao Estado central, é a nosso juízo, inteiramente aplicável a todas as suas entidades descentralizadas: estas, pelo só fato de serem parte do Estado, adquirem um indubitável caráter público, se bem que possam estar em alguma medida regida pelo direito privado.” [...] “E sobre os critérios de distinção entre pessoas públicas e privadas (atuando por conta do Estado), afirma: ‘Sociologicamente quase desapareceu o interesse, no sentido de que a existência de um autêntico centro de decisão já não está ligado à forma jurídica empregada.” [...] “Assim, podemos já afirmar que (embora a declaração expressa da lei no sentido da personificação privada de um serviço público tenha alguma conseqüência no caso) essa declaração legal, por não ser adequar à realidade, deve ser inócua no mundo jurídico, com o sentido que se lhe pretende dar. Parece-nos inteiramente válido, portanto, aplicar às empresas do Estado que prestam serviços públicos aquelas assertivas feitas por parte da doutrina, que fizemos questão de citar; para mostrar que há uma direção teórica ganhando corpo: a tese contrária à aplicação do direito privado puro às entidades descentralizadas com personalidade jurídica privada. Com isso, julgamos ser possível, numa primeira aproximação, afirmar que tais empresas são pessoas administrativas, regidas pelo direito administrativo e não pelo direito privado, ou indistintamente. [...] A expressão pessoa administrativa, portanto, denota aqui tão só o enquadramento da entidade nesta função administrativa, que hodiernamente é levada a cabo pelo Estado por formas de direito público ou de direito privado. [...] Nascem, por esta forma, novas pessoas administrativas, nas quais a forma é privada, mas o substrato é público. O Direito Administrativo toma por empréstimo ao Direito Comercial o modelo orgânico das Sociedades Comerciais [na concepção moderna, podemos chamar de sociedades empresárias]... E, se são pessoas administrativas, são pessoas de direito público, porque aquelas são espécies destas, como sublinhou José Cretella Jr. [...] As empresas públicas não devem portanto ser consideradas como pessoas privadas. Se bem que, submetidas a uma larga comercialidade, essas empresas têm ditada sua finalidade pelo Estado ou pelas coletividades territoriais secundárias. “[...] as empresas públicas apresentam-se como pessoas públicas especializadas na gestão de atividades industriais e comerciais recentemente tomadas a cargo pelo poder público”. (MUKAI, Toshio, op.cit, 59-60)

O limite mínimo de atuação do Estado, no que diz respeito a uma sociedade de economia mista estaria, em princípio, posto no limite que advém de seu próprio estatuto social, ao qual determina com exatidão as atividades que são efetiva e legalmente desenvolvidas pela companhia. O que a diferencia neste ponto em relação à privada é que na sociedade anônima o estatuto, no que se refere ao objeto social pode ser alterado em deliberação de assembléia geral, fato que não pode ocorrer nas sociedades de economia mista. Ou seja, a Petrobras, por exemplo, não poderia deixar de atuar no setor do petróleo para atuar no setor de comércio de carnes por mera deliberação tomada em assembléia. Alteração de estatuto social no quesito extinção do objeto primário que ensejou a criação da sociedade de economia mista, entendo, resulta em afronta aos ditames da Constituição, uma vez que sua autorização deverá ocorrer em face de autorização legislativa. Assim, utilizando-se do princípio da simetria, somente por lei poderia ser alterado o estatuto social nesse quesito. E em havendo extinção do objeto primário a mesma deveria ser dissolvida. Tal fato decorre de que a autorização necessária para o atuar do Estado em determinada seara já não mais existe. Isto é, se a atividade não carece mais ser exercida pelo Estado, basta que este se retire e dissolva a companhia, ou aliene sua cota parte e a transforme numa companhia privada efetivamente, deixando ela de ser sociedade de economia mista, aos moldes do que ocorrera com a privatização.

Deve ser ressaltado também que qualquer ato extensivo ao objeto social estará eivado de inconstitucionalidade, uma vez que somente por lei se poderá alterar o objeto social de uma sociedade de economia mista, tal como ocorre no caso da Petrobras, especialmente em função do art. 61 da Lei do Petróleo que assim estabelece[45]:

> A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como *quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.* (grifo nosso)

[45] Enquanto não for determinado e aprovado um novo marco regulatório e uma efetiva alteração na Lei do Petróleo a leitura que se faz, no meu entender, somente pode ser esta.

Cabe ainda observar que, conforme expressamente determinado no artigo acima referido, no que diz respeito à alteração estatutária que envolve a ampliação do objeto social da Companhia, a Lei 10.438, de 26 de abril de 2002, especificamente em seu art. 26, passou a autorizar a Petrobras a incluir no seu objeto social as atividades vinculadas à energia.[46] Em um primeiro momento pode-se até questionar a constitucionalidade de tal alteração, mas ela me parece afrontar menos a Constituição do que nos casos em que ela atua desmedidamente.

Em princípio preenche os requisitos de alteração estatutária por lei. No entanto a questão é: poderia, ainda que por alteração legal ter tido a Petrobras o seu estatuto alterado no sentido de permitir com que ela atuasse também no setor energético em sentido amplo, abarcando nesse novo enquadramento que não apenas o setor do petróleo mas também o de energia elétrica, por exemplo. Entende-se que não há aqui relevante interesse coletivo e tampouco fator que se ligue a segurança nacional. Se contrário pudesse ser o entendimento, porque então privatizar o setor que tem cunho de tamanha relevância? Se assim for, a questão a ser suscitada deverá ser outra: a privatização da Eletrobrás poderia efetivamente ter ocorrido? Uma vez mais é perceptível o acumulo de atividades diversas em uma só companhia estatal. E isso é constitucional? Não deveria haver um limite para a atuação genérica das estatais? Ou bem elas atuam com determinada restrição já imposta, ou então se passa a compreendê-las fora do âmbito do sistema da Administração Pública Indireta. Ressaltando-se, entretanto, que para as companhias de capital totalmente público a situação é diversa. A regra que se quer transpor para o setor empresarial destina-se apenas as sociedades de economia mista nos

[46] Lei n. 10.438, de 26 de abril de 2002: “Art. 26. Fica a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, sociedade de economia mista, criada pela Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, autorizada a incluir no seu objeto social as atividades vinculadas à energia.” Vale ressaltar que a Petrobras Energia Ltda foi constituída em 31 de julho de 2002, como subsidiária integral da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, tendo como objeto social o comércio, a importação e a exportação de energia elétrica e de vapor d’água, bem como de produtos das indústrias de geração e co-geração de energia elétrica em geral, e, também a prestação de serviços técnicos e administrativos relacionados com as aludidas atividades, facultada a participação no capital de outras sociedades. Quando de sua criação recebeu o nome de Petrobras Comercializadora de Energia Ltda e permitia a atuação da Petrobras nas novas atividades da indústria de energia elétrica no Brasil. Tendo como objetivos a compra e a venda de blocos de energia elétrica, bem como a prestação de serviços técnicos e administrativos relacionados a essas atividades. Ela tem como sócias a Petrobras e a Petrobras Gás S.A. (Gaspetro), com 99% e 1% de participação, respectivamente. A Petrobras Comercializadora de Energia, com um patrimônio líquido acumulado de R$ 220 milhões (base: dez/04), abre o caminho para que a Petrobras atinja as metas estabelecidas pelo seu plano estratégico, em especial no que se refere à liderança no mercado de energia, buscando consolidar-se como uma empresa de âmbito internacional nessa área. Segundo a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), atualmente está entre as maiores empresas do setor elétrico.

padrões da legislação posta. Diante disso, passa-se inclusive a afirmar que a participação do ente estatal é meramente de efeito. Isto é, serve de suporte para liberação de verba pública, mas permite a companhia um agir estritamente privatístico. Tal situação pode inclusive ter respaldo no fato de que as companhias abertas são melhores e mais eficazmente fiscalizadas pelas regras do novo mercado que – *v.g*. governança corporativa – do que pelo Tribunal de Contas, por exemplo. Ou seja, o setor privado hoje possui instrumentos muito mais ágeis e eficazes de fiscalização e método de cumprimento de obrigações do que o setor público, que ainda carrega o ranço da burocracia administrativa.

Não bastasse a acomodação legislativa que amplia os poderes mercadológicos e estratégicos da companhia em comento, recentemente nos deparamos com a mesma no epicentro das discussões em torno do pré-sal. Este assunto não é objeto da tese em si, mas menciona-se, por ora, para destacar que a Petrobras ainda chama a atenção para si em vários setores da economia privada, conquanto se tenha feito enorme esforço para destacar seu viés de empresa estatal que visa o interesse público e não os interesses privados, como ao fim e ao cabo parece ser o real efeito de uma personalidade jurídica de direito privado.

Para efeito de considerações finais, no que diz respeito ao fato de que a sociedade de economia mista não pode atuar livremente e com base no interesse do ente controlador, ressalta-se: (i) que ou se aplica a legislação vigente em seu sentido mais estrito possível, limitando a atividade das sociedades de economia mista; ou (ii) se opõe um novo paradigma. Nesse sentido, vale mencionar que devido ao fato de que as pessoas compreendem as coisas de maneiras diversas e que muitos conflitos são gerados em decorrência dessa divergência em ver a realidade de modos diversos, por vezes se torna necessária a quebra de paradigmas já enraizados, principalmente os que se consolidam em termos jurídicos. Nunca é fácil permitir que um novo modelo se instale e torne o outro obsoleto, ou ainda, que dê espaço a essas novas formas de compreender o que há muito já se faz ultrapassado no discurso, porém moderno na utilização. Não significa, contudo,

afirmar que uma ou outra forma de ver/estabelecer as coisas é mais ou é menos correta que a outra.[47]

Em termos de aplicação de normas para efeito de compreensão dos limites de atuação da sociedade de economia mista, a sugestão dada neste trabalho, é de que se repense a aplicação das normas em face de tais companhias e que seja permitido o estabelecimento de um novo paradigma, qual seja, o meta-interesse. Tal paradigma, ora mencionado, será abordado mais adiante, restando apenas a informação de que o modelo ainda utilizado e que justifica a atuação do poder de controle pelo ente estatal nas sociedade de economia mista não pode mais ser sustentado. Se assim se pretender, obviamente que a intervenção, sem sombra de dúvidas, é inconstitucional.

1.3 Intervenção do Estado na economia: a atividade econômica como elemento determinante na aplicação do regime jurídico

A Constituição de 1988 estabeleceu uma economia de livre mercado, privilegiando a iniciativa privada e a livre concorrência e excepcionado a participação do Estado como agente econômico. Conforme determina a Constituição brasileira em seu artigo 170, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem como princípios, dentre outros, a propriedade privada e a livre concorrência. Além disso, a livre iniciativa é também fundamento da República. Daí a importância de se limitar a intervenção do Estado como agente econômico, tal como o fez a Constituição em seu art. 173, *caput*.

[47] Sobre o tema, conferir :"Thomas S. Kuhn. A estrutura das revoluções científicas. Trad. Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 9.ed. Perspectiva: São Paulo, 2006.

A exploração de atividade econômica[48] em sentido estrito por parte do Estado representa situação de excepcionalidade. Ao Estado não é permitido intervir na seara econômica de forma discricionária. Há limites pré-estabelecidos. À iniciativa privada é resguardada precipuamente a exploração de atividade econômica em sentido estrito. A regra é de que ao Estado não mais cabe à função de agente econômico, isto é, não desempenha mais um papel de Estado-empresário, mas, sim, de um Estado regulador. No entanto, deve-se destacar que essa é a interpretação legal que se tem da intervenção do Estado na economia, pois de modo diverso é o comportamento na realidade em termos de desenvolvimento da atividade econômica.

Cabe observar que, sobre o tema, de acordo com Eros Grau, há três modalidades de intervenção: (i) por absorção ou participação, (ii) intervenção por direção, e (iii) intervenção por indução.[49] Segundo o autor, o Estado, quando presta serviço público ou regula prestação de serviço público, não pratica intervenção, ao contrário, está atuando em área de sua própria titularidade. Já quando o Estado adentra a esfera de titularidade do setor privado, aí sim está ele a intervir. De acordo

[48] Sobre a questão de ser a atividade econômica em sentido estrito ou não, vale mencionar que, para Toshio Mukai, "em relação às empresas que exploram atividades econômicas, porque, como veremos mais adiante e em conseqüência com Alessi, estas últimas são, necessariamente, entidades do Estado, mas não públicas; são entidades estatais, mas não pessoas públicas. Portanto, para nós, podem existir (ao contrário do que pensa Gordillo) entes estatais privados; e estes são as empresas públicas (stricto sensu) e as sociedades de economia mista, que exploram atividades econômicas (que além, deve ser o escopo natural e legítimo dessas figuras jurídicas). "[...] toda entidade pública é entidade estatal, mas a recíproca não é verdadeira. Daí nos aproximamos de certo modo, de Sayagués Laso, para afirmar que todas as empresas criadas pelo Estado são entidades estatais, mas nem todas são entidades ou pessoas públicas; somente as que prestam serviços públicos (industriais e comerciais) são pessoas públicas. Essas últimas são as que denominaremos de 'empresas públicas *lato sensu* [...] por ser pessoa administrativa, por sofrer a extensão de todos os princípios jurídicos públicos que informam a atuação do Estado, deve necessariamente ser considerada como pessoa de direito público, não obstante a sua forma de direito privado". (MUKAI, Toshio, op.cit, p. 62-63)

[49] Segundo Eros Grau, a intervenção por absorção ou participação se dá quando o Estado intervém no domínio econômico como agente (sujeito) econômico. A modalidade por absorção é verificada quando o Estado assume de maneira integral o controle dos meios de produção, atuando em regime de monopólio. Na modalidade participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção, atuando em regime de competição com as empresas privadas. Já a intervenção realizada por direção e indução representa uma forma de atuação do Estado como agente regulador. A intervenção por direção ocorre quando "o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismo e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito". Já na modalidade por indução, "o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado". Cabe observar que, para o autor, é importante que se faça a distinção em relação a atuação do Estado *no* domínio econômico e *sobre* o domínio econômico, na qual se verifica a intervenção por direção e por indução. A intervenção por indução, p. ex., ocorre quando o Estado, através de norma específica, seduz parcela de agentes econômicos a agir de determinada maneira, fazendo com que tal atuação seja "premiada". A premiação, por assim dizer, verifica-se com o deferimento de determinados incentivos, como, p.ex., redução ou isenção de tributo, preferência à obtenção de crédito e subsídios. Mas também pode ocorrer no sentido inverso, quando o Estado estabelece uma alíquota altíssima, p.ex., objetivando a não importação de determinado produto. Ressalta-se que o Estado não proíbe a importação, no caso aventado, mas tão somente desestimula a sua importação. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 148-150.

com suas palavras: “(...) a intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo”[50].

Por atividade econômica em sentido amplo deve-se compreender qualquer atividade econômica. Já quando se tratar de atividade econômica em sentido estrito deve-se compreender somente as atividades que envolvam a produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviço, excluindo-se as atividades que são compreendidas por serviço público. Dessa forma, considera-se serviço público, num primeiro momento, o tipo de “atividade econômica cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público”[51]. Conquanto possa parecer um tanto quanto circular, tal definição é a que dá início ao desenvolvimento de novos parâmetros para a definição mesmo do que vem a ser serviço público: trabalho árduo e ainda não efetivado universalmente, conquanto a idéia defendida por Alexandre Aragão me pareça a mais adequada.[52] No entanto, sem adentrar a tal discussão de modo mais aprofundado, cabe ressaltar que, num primeiro momento foi utilizado de maneira intencional, pelo fato de que a idéia mesma de serviço público encontra-se em processo de grande transformação, chegando-se a afirmar que a titularidade do mesmo não se define exclusivamente por ser ele prestado pelo Estado.[53]

---

[50] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 94.

[51] Conforme Eros Grau, atividade econômica é gênero que compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica, que acaba por considerá-la no seu sentido estrito. Além disso, o autor também compreende que serviço público e atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Ressalta o autor que não exclusivamente, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão e permissão. Cf. GRAU, Eros Roberto, op.cit., p. 103.

[52] Sobre o tema conferir Alexandre Aragão. Direito dos Serviços Públicos, 2008. Cabe observar também que o próprio autor se manifesta no sentido de que: “Apesar de não se poder negar que há uma efetiva necessidade de redução das despesas públicas, é também certo que o Estado brasileiro não pode simplesmente abandonar determinadas atividades econômicas, principalmente a prestação de serviços públicos [...]”. ARAGÃO, Alexandre dos Santos, Revista dos Tribunais, Ano 98, vol. 890, dez. 2009, p. 1-816, p. 34.

[53] Para Mukai. “somente o legislador, através da norma, é que pode erigir uma atividade em serviço público, conquanto, vimo-lo, ele não seja livre nessa eleição. Valorando os fatos e a realidade, e podendo concluir que determinada atividade está vocacionada para o atendimento das necessidades essenciais ou pelo menos, que as características da atividade conduzam à conclusão de que ela se destina a atender necessidades que se liguem diretamente à idéia de essencialidade, o legislador elegerá esta atividade como sendo serviço público, dando por sua vez caráter público.” [...] “*São então atividades de serviços públicos as atividades que as autoridades competentes para criar o direito decidem considerar como tais*. A distinção entre atividades de serviços público e atividades privadas resulta então de um ato de vontade.’ E mais, ‘Por oposição às atividades privadas, as atividades de serviço público são então as atividades que as autoridades competentes decidem assumir segundo um regime de autoridade. A distinção entre serviços públicos e atividades privadas não decorre então da natureza das coisas, mas de uma vontade: o critério do serviço público não pode senão ser um critério intencional. [...] A ser aceita essa tese, poder-se-ia admitir que, num país cujo regime constitucional e político que acolha uma economia de mercado, se pudesse transformar, pela só vontade do legislador ordinário, todas as

De acordo com Marçal Justem filho, os serviços públicos, tanto podem ser prestados diretamente pelo Estado quanto pelo setor privado, sem que com isso deixem de ser assim considerados. Essa alteração na definição de serviço público está diretamente ligada ao conceito mesmo de serviço público, o qual não possui um conceito único e universal.[54] Conforme doutrina majoritária, o serviço público compreende também aquelas atividades que são prestadas pelo setor privado em regime de concessão ou permissão, não o deixando de ser pelo fato de que são exploradas pela iniciativa privada. Regra geral, as atividades econômicas que são tidas por serviço público são aquelas as quais a titularidade do serviço pertence ao Estado, sendo, portanto, de caráter excepcional, as quais a própria Constituição assim determinou que fossem. Como exemplos, citam-se as atividades no setor de energia elétrica, radiodifusão, transporte e outros, conforme se depreende do art. 21, XI e XII, da Constituição, as quais são tidas por serviços públicos.[55] [56]

---

atividades privadas em serviço público, alterando-se, então, o próprio regime. Eis o absurdo que juridicamente é, evidentemente, inadmissível." [...] E ainda, "[...] serviço público seja aquilo que o Estado rotular como tal legalmente, numa dada época, colocando-o sob a égide porque, em última razão, observada a ocorrência das condições materiais, já apontadas (a existência de um interesse público objetivo), é a titularidade da atividade pelo Estado que nos permite falar que um serviço é público. Daí por diante, por isso mesmo, é irrelevante saber-se se sua execução a fará o próprio Estado ou interposta pessoa: o serviço continuará sendo público." (MUKAI, Toshio, op.cit, p.215-219)

[54] Sobre o tema, conferir a palestra de Marçal Justem Filho no Primeiro Simpósio Internacional de Direito Público, realizado na Cidade do Rio de Janeiro, em outubro de 2007, na qual o autor faz importantes observações em relação ao que se pode compreender por serviço público. Nesse ponto, também as observação feita por Floriano de Azevedo Marques Neto, que complementa seu pensamento citando Dinorá Adelaide Musetti Grotti, em sua obra, o Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54. Portanto, de acordo com Floriano, "a criação de entes sob o controle estatal, mas com personalidade jurídica de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista ou mesmo sociedades com participação relevante do Estado) trouxe perplexidade para a doutrina administrativista. Esse processo, despiciendo lembrar, levou mesmo a uma crise de noção de sérico público e a conseqüente dissociação da noção funcional da sua noção orgânica". MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In OSÓRIO, Fábio Medina e VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.575-604.

[55] De acordo com o art. 175 da CF, incumbe ao Poder Público a prestação de serviço público. Já no art. 21, XI e XII é possível verificar, que em relação à União, tem esta competência para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicação, radiodifusão sonora e de sons e imagens, de instalação de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário, aquaviário, e rodoviário, os portos marítimos, fluviais e lacustres. Diante disso, temos que, regra geral, os serviços públicos podem ser tanto definidos em lei como também o são assim considerados aqueles que devem ser prestados de forma precípua pela União, nos termos do que determina o art. 21 e incisos acima mencionados.

[56] Embora a Constituição não tenha especificado que tais serviços são espécies de serviço público, é possível assim compreender pelo fato de que são serviços que devem ser prestados pela União, e como tal, ente da federação. O que se tem, na verdade, é uma limitação ao ente federado para que este realize determinado serviço ou que sob sua responsabilidade esteja o serviço acima mencionado, retirando dos demais entes federados competência para dispor sobre eles. Portanto, pode-se dizer que são espécies de atividade econômica que se enquadram no sistema de atividade do tipo serviço público. Isto é, são serviços que, embora compreendidos dentro da esfera de atividade econômica não o são em sentido estrito, mas, sim, em sentido amplo.

A importância em se fazer a devida diferenciação entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público é que sobre tais atividades incidem regimes jurídicos diferentes.[57] Isto é, se a atividade econômica é um serviço público esta deverá ser considerada de titularidade do Estado, que poderá, através de concessão, permissão e até mesmo autorização, ser prestado pela iniciativa privada, e, portanto, sobre elas incide o regime jurídico de direito público. Já se a atividade é considerada em sentido estrito, sobre elas incide, em grande parte, o regime jurídico de direito privado. Isso é verdade em tese: na prática, e considerando os regimes específicos delineados pela legislação, há atividades econômicas extremamente reguladas (tipo seguros e bancos) e serviços públicos prestados em regime francamente concorrencial (telecomunicações). Em muitos casos há uma aproximação dos regimes. Em grande parte porque a Constituição, em algumas situações, derrogou as normas de direito privado e fez incidir sobre o ente da administração pública que exerce atividade econômica em sentido estrito algumas normas de direito administrativo[58]. Assim o fez por entender que, embora sujeito de direito privado, são também entes da administração pública indireta, de tal maneira que não se poderia deixar de incidir sobre determinados entes, como as sociedades de economia mista, as mesmas regras estabelecidas aos demais entes da administração pública.

Dessa forma, em regra, se o ente é da Administração Pública Indireta, como a empresa pública, a sociedade de economia mista e as fundações, de acordo com o art. 173, § 1º, sobre elas deve incidir o regime jurídico de direito privado.[59] Só não haverá incidência de tal regime quando a própria Constituição determinar que seja

[57] Por exemplo, dependendo da atividade a ser explorada pela sociedade de economia mista mais próxima ou mais distante estará ela da incidência do regime de direito público.
[58] No entender de Jean Rivero, "é o conjunto de regras jurídicas derrogatórias do direito privado que se refere à atividade administrativa das pessoas públicas". (MUKAI, Toshio, op.cit, p. 88)
[59] Cabe observar que a EC n. 19/98, ao alterar a redação do art. 173, inovou ao estabelecer, no § 1º, que "a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias". Referido comando constitucional pode ser interpretado de duas maneiras: (i) deverá haver uma lei específica que imponha um estatuto jurídico comum às sociedades elencadas no Texto ou (ii) cada sociedade elencada deverá ter um estatuto específico, aos moldes do que ocorre hoje, que verse, especificamente, sobre sua função social, fiscalização, sujeição ao regime jurídico privado, dentre outros requisitos na conformidade dos incisos do §1º do art. 173 da CF. Por ora, conquanto se possa discutir sobre o tema, cabe apenas observar que referido "estatuto jurídico", independentemente da forma como fora pensado ainda não possui existência no mundo jurídico e tampouco há norma que regulamente referido comando em sentido contrário ao entendimento de que não é um estatuto único. É norma pendente de regulamentação e/ou interpretação.

outro o regime a ser a elas aplicado, como, por exemplo, quando exige concurso público ou as submete ao controle pelo Tribunal de Contas. [60]

A referida importância da diferenciação entre atividade econômica e serviço público além de estabelecer o regime jurídico aplicável também se relaciona ao fato de ser ou não de prerrogativa da iniciativa privada.[61] Dessa forma, a atividade econômica, tal qual se extrai do texto do art. 173, *caput,* da Constituição brasileira é aquela entendida em sentido estrito. Essa diferenciação é de suma importância. Ainda que haja relevantes discussões doutrinarias sobre a real distinção entre atividades econômicas e serviço público, a mesma é fundamental e decorre da classificação.

Para que o Estado passe a exercê-la é necessário que sejam preenchidos os requisitos formais de (i) segurança nacional ou de (ii) relevante interesse coletivo, e desde que a iniciativa privada não possua meios adequados para exercê-las. O exercício subsidiário pelo Estado quando da falta de capacidade pela iniciativa

---

[60] Nesse sentido, vale mencionar que esta é a regra imposta pela legislação. No entanto, várias são as situações onde há limitação da intervenção não só do tribunal de contas, bem como da exigibilidade de processo licitatório. Tais submissões, inclusive, no que diz respeito às sociedades de economia mista têm se apresentado cada vez mais com menos frequência, pois tais companhias estão mais próximas da aplicação de utilização de administrações mais específicas e mais próximas da realidade privada. Além disso, a submissão a constantes ingerências por parte da administração pública nas companhias acaba por retardar o bom desempenho das mesmas e resultam em na desaceleração do bom desenvolvimento da eficácia dos atos da administração pública. Assim, dizer que a utilização da legislação privada coloca em risco bens públicos ou mesmo o dinheiro público para ser bem clara em relação à questão não é pertinente. O importante é que, embora não seja objeto central da Administração Pública a busca pelo lucro, uma vez que a mesma se mostre atuante em paridade de tratamento e de forma concorrente igualitaria a mesma não só pode como deve buscar o lucro, pois o mesmo será revertido para reinvestimento. Com isso, pode-se defender, inclusive, que a proteção do interesse público dessa forma se efetiva com maior eficácia e com resultados melhores. Objetiva a companhia atuante na seara privada não só ao bom desempenho das atividades econômicas como também receberá, a mesma, valores compatíveis com a arrecadação tributária, que a bem da verdade deverá ser reaplicada em outros setores que não o necessariamente da companhia. Assim, uma companhia que busque a lucratividade e não apenas a proteção de interesses políticos adquire legitimidade para sua existência no âmbito empresarial, pois tem respaldo jurídico e ético. Os lucros advindos das companhias estatais, quando na forma de arrecadação tributária reverterá em benefício do interesse público. Negar, portanto, uma releitura às normas constitucionais e infraconstitucionais é negar ao Estado que este efetivamente desenvolva suas atividades em prol do verdadeiro interesse público que é pedra fundamental dos interesses do Estado, embora pouco compreendido pelos governantes.

[61] Também em relação à falência é importante observar que, conforme determina a Lei 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência, as sociedades de economia mista não se submetem à sua aplicação ela (art. 2º, I). No entanto, o texto parece não atingir as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em sentido estrito. Se contrário for o entendimento, pode-se perceber a inconstitucionalidade de tal comando, uma vez que a Constituição, no art. 173, §1º, I determina que a elas se aplique o regime jurídico de direito privado. Neste caso, somente as sociedades de economia mista que prestem serviço público não se submeteriam a referida Lei, sendo às sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em sentido estrito perfeitamente aplicável. Dessa forma, "a distinção exploradora de atividade econômica e prestadora de serviço público é relevante, no caso, já que em favor da continuidade do serviço público justifica-se a não-sujeição da sociedade de economia mista a essa recente lei federal". Cf. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.446.

privada não consta expressamente da constituição, mas pode ser compreendida através da utilização do princípio da subsidiariedade. Se a prestação da atividade é da responsabilidade privada e esta não pode realizá-la sozinha, cabe então ao Estado executá-la, ou no mínimo promover oportunidades para que a iniciativa privada a execute. Essa determinação é resultado do sistema econômico admitido pela ordem econômica nacional, que privilegia o livre mercado e a livre concorrência e que tem como fundamento, por exemplo, a livre iniciativa, conforme se verifica no *caput* do art. 170 da Constituição brasileira. [62]

Outra observação a ser feita é de que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito pertencem, em grande medida, à União. Tal fato demonstra que o Estado ainda possui um papel estratégico em relação a sua intervenção direta na economia. Vale dizer, como agente executor de atividade econômica em sentido estrito. Mesmo tendo ocorrido grandes privatizações nos mais variados setores da economia, ao Estado ainda pertence parcela considerável dos ativos das empresas até então privatizadas, o que demonstra que o processo que está ocorrendo no momento é um processo de retomada por parte do Estado do controle de algumas atividades. Novamente, lembra-se do caso da atuação da Petrobras no setor de energia elétrica e na exploração do pré-sal. E ainda, a questão da Vale, da participação da União via BNDES – mais especificamente através da BNDESPAR – como grandes acionistas de companhias privadas e que apresentam um controle estatal relevantíssimo, obviamente mais que pela força “política” que “administrativa/gerencial” propriamente dita. Representa hoje a atuação do Estado por essas formas paralelas de concentração de poder aquilo que anteriormente denominei de reestatização branca, a qual passa quase que imperceptível aos olhos do “homem médio”. Embora não seja perceptível para o cidadão comum, a participação do Estado em grandes companhias é evidenciada as claras por aqueles

[62] Uma simples e breve observação: nas relações travadas entre entes públicos e privados para a consecução de objetivos comuns, ou seja, na formação das companhias de economia mista e mesmo quando do aumento do capital se apresenta necessário ao desenvolvimento tecnológico das mesmas, é comum nos depararmos com o próprio Estado, de uma ou de outra forma, promovendo o aporte de capital, ainda no setor privado. Assim, o questionamento que se faz é o seguinte? Se o privado precisa do Estado, ou da participação da máquina estatal para cumprir com a integralização da sua cota parte, porque é então que o Estado precisa do privado? Não seria muito melhor que ele desenvolvesse a atividade sozinho ou se utilizasse das outras formas de participação das empresas privadas? Algo como PPP? Concessão? São perguntas que devem ser feitas, pois tais regimes possuem tratamentos jurídicos novos e apropriados. O problema mesmo reside no modelo tradicional de sociedade de economia mista e na sua transformação em sociedade privada quando do interesse do Ente público detentor do capital majoritário.

que atuam no mercado de capitais, de tal forma que a presença do Estado na seara privada é constante e bem evidente.

Ainda em relação à questão do setor energético, cabe ressaltar também que este foi o primeiro a sofrer os impactos da reestruturação do Estado. O monopólio foi quebrado e houve considerável flexibilização. No entanto, conforme recentemente percebido, a privatização não significa efetivamente a garantia de um serviço perfeitamente livre de ônus operacionais e técnicos que convença ser o caminho último a ser seguido. As falhas existem em todos os setores, sejam eles de participação pública, exclusivamente público ou privado.[63] Ressaltando também, que não discutimos neste trabalho se a privatização é boa ou ruim, mas tão somente que a mesma ocorreu e que dela vários sistemas foram sendo desenvolvidos ao longo dos anos. Ninguém jamais pode pressupor que por estar a atividade na mão do Estado ou na mão da iniciativa privada será ela perfeitamente desenvolvida, sem gerar aos consumidores, por exemplo, prejuízos nas mais diversas áreas jurídicas. Se contrário for o entendimento, devo questionar o papel das agencias reguladoras, que tal qual aos agentes econômicos privados também não foram e não são capazes de resolver todos os problemas existentes em prestadores de serviço, por exemplo, e consumidores. Sobre o tema, cita-se a questão da telefonia e mesmo o do setor energético, onde não houve nem a garantia de serviços prestados com excelência. Dessa forma, se nem mesmo no setor de serviços que podem ser compreendidos como sendo serviços essenciais ou mesmo serviços públicos podemos vislumbrar um padrão ótimo, porque deveríamos exigir que isso ocorresse quando o Estado se utiliza de subterfúgios legais para atuar em igualdade de concorrência com o setor privado? A eficiência deve ser buscada em todos os setores, seja publico, seja privado. Não é princípio que tem restrita à sua exigibilidade na seara pública. Cabe também a seara privada, ainda que na mesma o Estado integre um dos pólos.

[63] Se a privatização era argumento utilizado em face do desenvolvimento de vários setores que não podiam ser aprimorados pelo Estado, após a privatização percebemos que, mesmo havendo regulação de determinados setores a situação se encontra, talvez, pior que na “era estatal”, ou seja, a iniciativa privada, que deveria cumprir com a sua parte no desenvolvimento dos setores privatizados, por não sofrer um efetivo controle por parte do Estado acaba deixando de lado o interesse real na prestação de um serviço adequado e se volta para um efetivo mercado arrecadador de taxas mínimas. Isto é só um exemplo. Um que pode ser claramente citado é o que envolve o apagão recente, ainda indevidamente justificado, ...e por aí vai, na questão da saúde, da educação, dos postos de trabalho, da arrecadação fiscal etc.

Se antes havia uma única empresa da União que cuidava especificamente de determinado setor, mesmo em caráter de monopólio, agora o Estado, por vias alternativas, como a compra do controle acionário – ou mesmo gerencial e político – se infiltra no domínio econômico e torna a atividade quase que um monopólio às avessas, isto é, uma única companhia da União é capaz de adentrar em vários setores estratégicos, por via de suas subsidiárias e fundos de pensão, a fim de fazer com que a onipotência do Estado, representado no caso em questão, pela União, detenha o controle sobre várias etapas produtivas de determinado setor econômico. O que resta, sobre o tema, é um simples questionamento: Será este um caminho percorrido pelo Estado com o aval da Constituição ou será ele um caminho que beira a inconstitucionalidade? Essas questões, contudo, demandam estudo específico e devem ser examinadas em momento oportuno, preferencialmente no caso concreto. Por ora, apenas servem de reflexão em relação à atuação do Estado-empresário por meio das companhias já existentes antes do advento da Constituição de 1988.[64]

Cabe ressaltar, portanto, que o regime jurídico aplicado às sociedades de economia mista é fator determinante na solução do conflito. O texto constitucional é claro ao estabelecer limites para que o Estado atue na seara econômica. No entanto, a imprecisão de tais limites, uma vez que pertencem à categoria de conceitos jurídicos indeterminados, acaba por dificultar a certeza da intervenção. Não é tarefa fácil determinar o que é necessário aos imperativos de segurança nacional e, menos ainda, o que é relevante interesse coletivo. A certeza do comando normativo, ao contrário, reside na atividade a ser desenvolvida pelo Estado. Isto é, para que haja a possibilidade de uma intervenção direta através do exercício de uma atividade econômica, esta há de ser, obrigatoriamente, atividade econômica em

[64] Para uma visão geral das diferenças básicas existentes entre as estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito e as que prestam serviço público, apresentamos a seguinte síntese: Estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito assim se apresentam: (i) o regime jurídico é o de Direito Privado (art.173,§1º da CF), (ii) têm responsabilidade civil subjetiva, (iii) não podem receber privilégios fiscais (art.173,§2º da CF), (iv) seus bens podem ser penhorados e executados, (v) o direito de greve dos seus empregados é regulado pela Lei 7.783/89, (vi) não é exigível licitação por ser atividade-fim[64], (vii) não integram a administração pública indireta, (viii) não praticam atos administrativos. Já as estatais que prestam serviço público: (i) o regime jurídico que incide é o de direito Público, (ii) a responsabilidade civil é objetiva (art. 37, §6º da CF), (iii) podem receber privilégios fiscais, (iv) os bens não podem ser penhorados e executados[64], (iv) o direito de greve de seus servidores será exercido nos termos da lei específica (art. 37, VII da CF, ainda não regulamentado)[64], (v) o processo licitatório é obrigatório (art. 37, XXI da CF), (vi) integram a administração pública indireta, (vii) praticam atos administrativos.

sentido estrito. Ou seja, não compreende a modalidade de serviço público[65]. É isso que se extrai do comando posto no artigo173, caput, da Constituição brasileira. Por outro lado, o Estado também pode se utilizar das estatais para exercer atividade econômica em sentido amplo, albergando, neste ponto, os serviços públicos.[66]

O esclarecimento prévio sobre a atividade a ser desempenhada pelo Estado é de fundamental importância porque a ela se liga o regime jurídico aplicável. Em sendo a sociedade de economia mista ente da administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, dependendo da atividade econômica que exercer, maior ou menor será a incidência do regime jurídico de direito privado.[67] Além da incidência concomitante de regimes jurídicos diferenciados, a sociedade de economia mista também comporta uma hibridez de regimes na solução de conflitos que se estabelecem no interior da companhia. Dessa forma, o conflito de interesses pode ocorrer tanto externa quanto internamente. A hibridez de regimes jurídicos aplicáveis é também fator que interfere na adequada tomada de decisões e que, por vezes, resulta em lesão a direitos fundamentais. Determinar o regime jurídico aplicável é trabalho que exige um grande esforço do intérprete. No entanto, o esforço em si não soluciona o caso concreto, pois fica este sempre a mercê dos interesses oportunistas que rondam o mesmo. É para dar fim a essa situação de

---

[65] Sobre tal afirmação, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.655-708, especialmente nota 47, p.672. Ver também: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e MENDONÇA, José Vicente de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 709-741.

[66] Cf. art. 37, § 6º da Constituição Federal brasileira.

[67] Cabe observar que, muitas vezes, a determinação efetivamente da real atividade desenvolvida pelo Estado requer atenção do Judiciário, é por isso que se faz necessário lembrar que, "a tripartição dos poderes foi elemento essencial para a complementação do princípio da legalidade, no sentido de se proteger a liberdade ante a arbitrariedade do poder. Mas por isso mesmo, era necessário que os atos do Poder Executivo (Administração), além de terem que obedecer a atos de outro poder (as leis), se submetessem ao controle de um terceiro poder (o judiciário). Aqui a luta foi mais lenta, especialmente na França, onde, no Antigo Regime, os tribunais não podiam conhecer dos atos da Administração: 'Proíbe-se reiteradamente aos tribunais conhecerem dos atos da Administração seja de que espécie forem, sob pena de sanções" [...] "E conforme observa Gordillo: 'Já não basta que a administração esteja submetida à lei, mas também é necessário que a lei esteja submetida à Constituição...' 'Esta transição outorga um rol muito importante ao Pode Judiciário, intérprete último do significado das normas constitucionais e, portanto, da validez das normas legislativas." (MUKAI, Toshio, op.cit, p.70-71)

oportunidade por parte do ente estatal na tomada de decisões, aos moldes do que autoriza, ou pressupõe autorizar, a lei anonimária em seu artigo 238.[68]

Vale mencionar que não há uma solução a priori para os casos de conflito de interesses além dos previstos legalmente, mas que acabam sendo redundantes e não solucionam o caso em si, pois há de existir, sempre, uma boa justificativa que ressalte a importância do que no momento se queira entender por interesse público. Ora, interesse público, como mencionado, não comporta um conceito universal. No caso da sociedade de economia mista, o interesse público deve servir apenas como elemento que justifica a autorização da criação da sociedade de economia mista, afinal de contas, há que se ter uma razão para deslocar/alocar verba pública para investimentos que não os efetivamente ligados ao plano de desenvolvimento social de base, como saúde, educação, saneamento básico etc.

Conquanto a legislação privada – LSA – e a Constituição Federal insistam em exigir como elemento norteador da tomada de decisões e aplicação do regime jurídico o interesse público é conveniente que se estabeleça desde logo um parâmetro para tal aplicação. Ou seja, a aplicação de tal conceito indeterminado, no meu entender, só é plausível quando compreendido como elemento necessário a autorização da criação da sociedade de economia mista, tendo como pressuposto o fato de que o Estado não possui autonomia de vontade e tão somente interesse público.

Vale ressaltar que para Floriano de Azevedo, "até a década de 90 do século passado, fazia sentido dividir a atuação do Estado no domínio econômico entre aquela atinente aos chamados serviços públicos" e as consideradas atividades econômicas em sentido estrito. As que eram consideradas serviços públicos seguiam as regras que lhe permitiam um regime de exclusividade ou privilégio. No entanto, ressalta o autor, que com a "introdução da noção de competição, mesmo na seara dos serviços públicos, a distinção perdeu um pouco da sua utilidade"[69].

---

[68] *In verbis*: "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."

[69] NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fabio Medina e Villela Souto, Marcos Juruena. Direito Administrativo. Estudo em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 575-604, especialmente p. 580-581.

O referido autor menciona ainda ser irrelevante a atividade explorada pela empresa estatal. Para o referido autor o que importa é saber se, para as que exploram atividade econômica em sentido amplo, o fazem em regime de competição. De acordo com suas palavras,

> Quando uma estatal atua no domínio econômico, em ambiente de competição com outras empresas (mormente aquelas submetidas exclusivamente ao regime de direito privado), cingi-lo ao regime de direito público parece um contra-senso. Se o Estado tem por necessária sua atuação (absolutamente excepcional para as atividades econômicas em sentido estrito à luz do princípio da subsidiariedade inerente ao artigo 173 da CF) em competição com os particulares, nenhum sentido haverá em manietar-se, impondo-se regras que o tornam um competidor frouxo, pouco agressivo, incapaz de fazer frente á disputa de mercados[70].

O fato de o autor mencionar que não faz nenhum sentido tentar impedir a competição em termos de igualdade só faz reafirmar a tese de que as estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito, no meu entender, e não se ligam à prestação de serviço em sentido estrito, não comportam a imposição de um regime público, mas, sim, privado. Ou seja, a atuação da sociedade de economia mista, para ser mais especifica, deve ser destacada não pelo fato de ser sociedade de economia mista, mas pela atividade que exerce em caráter de livre concorrência. Nesse sentido, ressalta-se a nova interpretação a ser dada a autorização das sociedades de economia mista. Isto é, de que as exigências constitucionais são elementos pré-constituição societária. Após a criação da mesma, ou melhor, após a sua autorização, deverá a mesma ser tratada como se sociedade efetivamente privada fosse. Até porque, embora não seja da essência do Estado auferir lucro, a companhia que lucro obtiver fará com que ao Estado sua parcela reverta, pois ele, assim como os demais acionistas controladores, possui direito idêntico aos demais acionistas, ainda que minoritários, tal qual ao recebimento de dividendos.

Analisando-se a posição do Estado, com essa nova feição de Estado-empresário que ora se propõe, sem a necessidade de se revestir de uma natureza jurídica esquizofrênica, certamente que o mesmo terá muito mais chances de sobreviver e competir com as demais companhias sem que necessariamente seja feita uma avaliação das inconstitucionalidades que exsurgem do meio empresarial estatizado.

---

[70] Ibidem, p.582.

A liberdade no exercício da atividade, para que não haja nem desvantagem, nem privilégio, há de ser preservada em prol da manutenção do interesse público primário, e não do interesse público secundário. Dessa forma, a atuação da sociedade de economia mista, nos termos mencionados, não pode ser limitada pela exigência, por exemplo, de processo licitatório, ou mesmo pela fiscalização do Tribunal de Contas.[71]

No que se refere à questão da licitação, importante ressaltar que muitas vezes a exigência acaba por impedir que haja uma boa desenvoltura da companhia no mercado, podendo, inclusive causar prejuízos aos minoritários. Portanto, em certa medida, o processo licitatório há de ser afastado, ainda que integre as regras a serem seguidas pela Administração Pública.

Observação interessante é feita por Floriano de Azevedo quando o mesmo menciona que "nenhum sentido há em se criar uma estatal com o escopo de explorar uma atividade econômica em regime de competição para ao mesmo tempo impedi-la de disputar efetivamente este mercado".[72] De certa forma, a ele assiste razão, pois se do contrário for o entendimento, realmente não há sentido a norma expressa no artigo 173 da Constituição Federal brasileira.

1.4 O princípio da subsidiariedade e a atual posição do Estado no desempenho de suas funções na seara econômica

Conforme visto até aqui, as atividades econômicas, as quais se referem o art. 173 da Constituição, podem, quando cumpridos os requisitos da norma constitucional, ser exercidas pelo Estado, por exemplo, através das estatais; empresa pública ou sociedade de economia mista. Note-se, no entanto, que essa vedação, ou restrição ao Estado, somente ocorreu com a Constituição de 1988. Na

[71] Sobre os temas citados, ressaltamos que os mesmos não são objeto de discussão neste trabalho. Servem apenas como elementos exemplificativos, pois em vários momentos a dispensa do processo licitatório e até mesma da fiscalização pelo tribunal de contas já foram objeto de análise pelas cortes superiores.
[72] NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fabio Medina e Villela Souto, Marcos Juruena. Direito Administrativo. Estudo em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 575-604, especialmente p. 583.

Constituição de 69, por exemplo, não havia impedimento ao Estado para que este exercesse atividade econômica. O Estado poderia intervir na economia de forma direta e deliberadamente. Não havia impedimento legal para que ele atuasse no domínio econômico, tal qual como se tem hoje. A intervenção se justificava pelo contexto histórico.

Até a década de oitenta, quando do início das privatizações, era o Estado o responsável por alavancar a economia. O Estado brasileiro estava pautado sob uma política de controle da economia muito intervencionista. Buscava, através da intervenção direta, como agente produtor e prestador de serviço, estabilizar a economia interna e promover o desenvolvimento nacional na área industrial. Era o Estado o grande responsável pelo desenvolvimento econômico do país. Já com a política de privatizações, através da qual se buscou abrir o mercado e torná-lo competitivo, tanto nacional quanto internacionalmente, as grandes empresas estatais foram privatizadas. Devolvia-se ao setor privado a prioridade de atuar em regime de livre concorrência e livre iniciativa uma série de atividades que antes eram exploradas prioritariamente, e muitas em regime de monopólio, pelo Estado. Já no final da década de 90, com o Plano Nacional de Desestatização, uma gama enorme de estatais foi privatizada. Muitas empresas que estavam sob o comando do Estado passaram então a ser dirigidas pela iniciativa privada, outras tantas acabaram abrindo parcela do capital ao setor privado.[73]

É com a Constituição de 1988 que a participação do Estado na economia sofre enorme transformação. De acordo com o modelo de livre mercado instituído, cabe à iniciativa privada prioritariamente explorar atividade econômica. Dessa forma, respeitando o princípio da subsidiariedade não pode o Estado interferir na esfera econômica de maneira direta. Isto é, não pode ele exercer atividade econômica sem que seja ela necessária aos imperativos de segurança nacional ou quando for de

[73] Conforme informação do BNDES, “desde a criação do Programa Nacional de Desestatização-PND, em 1991, foram privatizadas, 68 empresas e participações acionárias estatais federais, a maioria na siderurgia, química e petroquímica, fertilizantes e energia elétrica”. Dentre elas, pode-se destacar: (i) no setor siderúrgico: Usiminas, Cosinor, Aços Finos Piratini, CST, Acesita, CSN, Cosipa, Açominas; (ii) no setor químico e petroquímico: Petroflex, Copesul, Nitriflex, Polisul, PPH, CBE, Poliolefinas, Deten, Oxiteno, PQU, Copene, Salgema, CPC, Polipropileno, Álcalis, Pronor, Politeno, Nitrocarbono, Coperbo, Ciquine, Polialden, Acrinor, Koppol, CQR, CBP, Polibrasil, EDN; (iii) no setor de fertilizantes: Arafértil, Ultrafértil, Goiasfértil, Fosfértil, Indag; (iv) no setor elétrico: Light, Escelsa, Gerasul. (informações obtidas no site oficial do BNDES: www.bndes.gov.br).

relevante interesse público[74] e a iniciativa privada não possuir condições de executá-la. Tal situação foi e será destacada reiteradamente neste trabalho, pois representa o núcleo que limita o atuar do Estado. No entanto, conquanto haja esta restrição ao Estado de adentrar na seara econômica como um Estado-empresário, é verdade que ele ainda mantém uma série de sociedades que exploram atividade econômica em sentido estrito e que possuem papel de destaque na economia. São exemplos: a Petrobras (Petróleo Brasileiro S/A) e o Banco do Brasil, também reiteradamente já mencionados.[75]

No entanto, há que se destacar que aquilo que aparentemente parecia estar esquecido pela doutrina, retoma o cenário jurídico com força total, e em nível internacional.[76] A retomada da discussão da intervenção do Estado na economia de forma direta ou subsidiária, dependendo sob que prisma se visualiza a execução da atividade em si, decorre do processo múltiplo de falências empresariais internacionais que teve início com o sistema especulativo do setor imobiliário, o dito *subprime*, que fez com que nações inteiras fossem a bancarrota e necessitassem, para se manter estáveis e menos fragilizadas de uma intervenção dos Estados na

[74] Sobre a questão do interesse público, tal princípio é "fundamental para a estruturação racional do direito administrativo atual porque, juntamente com o princípio geral e básico do direito público (do qual é corolário) da primazia do interesse público, nos consegue explicar como as formas de atuação do Estado (de direito público ou de direito privado) são, hoje em dia, insuficientes para limitar a presença do direito administrativo a apenas uma das formas. O princípio da indisponibilidade do interesse público se explica pelo fato de a atividade administrativa pública ser (assim como a privada, com certas exceções) estabelecida por uma relação jurídica oposta à de domínio, onde avulta o dever a ser cumprido e a finalidade a ser atingida, ao contrário do que ocorre nesta última relação, onde prepondera a vontade do sujeito dominante. Portanto se a finalidade ou dever a ser cumprido pelo Estado na prestação de qualquer serviço público é interesse pessoal e superior da coletividade geral, esse dever ou essa finalidade, como é evidente, não deixa de existir quando o Estado outorga determinado serviço público a uma entidade particular. O princípio, pois, domina todas as formas de Administração Pública. (MUKAI,Toshio, op.cit, p. 114)

[75] Cabe observar que ambas exercem atividade econômica as quais não se reconhece a natureza de serviço público, mas, sim, de atividade econômica em sentido estrito; indústria do petróleo e serviços bancários. Além disso, a participação das duas sociedades citadas é de enorme relevância no mercado bursátil.

[76] Nesse contexto, acredita-se que o controle acionário exercido pelo Estado continua sendo um fenômeno relevante, a ponto de justificar a análise jurídica mais aprofundada. Essa percepção restou fortalecida a partir do segundo semestre de 2008, quando irrompeu grave crise de confiança nos mercados financeiros globais, tendo como epicentro os bancos de investimento norte-americanos, mas que rapidamente se alastrou para o resto do mundo civilizado e contaminou o desempenho da economia real. A magnitude do problema exigiu vigorosa e articulada intervenção das autoridades dos vários países afetados. As medidas propostas trouxeram novamente à tona a atuação direta do Estado no campo econômico, seja para salvaguardar interesses coletivos mais amplos, seja para afastar o risco sistêmico associado ao mau funcionamento dos mercados. Em casos extremos optou-se pela nacionalização de instituições financeiras privadas, enquanto em outros o poder público foi levado a aportar recursos sob a forma de participação acionária em tradicionais empresas do setor produtivo, tornando-se acionista relevante com aspiração para influir na gestão dos negócios sociais. A fórmula tem sido adotada sobretudo por governos de países conhecidos como o berço do capitalismo e que até recentemente professavam a crença inabalável no sistema de livre mercado. (PINTO JÚNIOR, Mario Engler, op. cit., p. 19-20)

economia de forma direta.[77] Exemplo a ser dado é o que ocorreu com os Estados Unidos da América. Assim, enquanto países avançados discutiam uma forma de fazer com que o Estado pudesse intervir na economia em termos de investimento no setor bancário, o Brasil passou por tal crise quase que incólume, pois já havia a possibilidade de intervenção há muitos e muitos anos. Dessa forma, bastou que um decreto autorizasse a compra de demais bancos e instituições financeiras no Brasil a fora que a situação ficou estável internamente.[78] Até aqui tudo bem, nada demais. O diferencial entre o Brasil e os demais países é que, enquanto lá se buscava autorização para interferir na economia, por aqui essa autorização já existia, é mais que isso, representa quase que uma carta branca dada ao Executivo para intervir na seara econômica em sentido amplo. Tanto é assim que a autorização para a intervenção não teve data pré-fixada de forma a se coadunar com as próprias palavras do Executivo, que garantia a estabilidade econômica. Ou seja, dito de outra forma, a intervenção continua ocorrendo não só internamente quanto externamente. Obviamente que tal intervenção deveria ser restrita a momentos de crise, como a que efetivamente ocorreu. Essa é a leitura que deve ser feita em sentido restrito da

[77] Nesse sentido, vale destacar as palavras de ARAGÃO: “Dificilmente, ainda mais em Estados periféricos como o Brasil ou com forte consciência coletiva quanto à cidadania social como a França, a população majoritariamente aceitará que o Estado simplesmente passe a ser indiferente aos serviços de relevância social e à construção e gestão das infra-estruturas nacionais. Em momentos de crise global até mesmo países tradicionalmente liberais como os EUA e o Reino Unido adotam políticas intervencionistas, na maioria das vezes demandadas pelo próprio mercado para evitar falências em cadeia”. In: ARAGÃO, Revista dos Tribunais, 2009, p. 35)

[78] Aqui, para efeito de melhor exemplificar, transcreve-se as palavras de ARAGÃO, nota 3, revista dos tribunais, p. 34: “Governo britânico nacionaliza parcialmente os bancos para conter crise.08.10.2008. Disponível em: [http://economia.uol.com.br]. Acesso em: 25.11.2008. No Brasil, a Med. Prov.n.433, de 21.10.2008, prevê instrumento semelhante: "Art. 2.° O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no art. 10, inc. X, daquela Lei. § 1º. Para a aquisição prevista no caput, o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal poderão contratar empresas avaliadoras especializadas, mediante procedimento de consulta simplificada de preços, na forma do regulamento, observada sempre a compatibilidade de preços com o mercado. c) Art. 3.° A realização dos negócios jurídicos mencionados nos arts. 1º e 2.° poderá ocorrer por meio de incorporação societária, incorporação de ações, aquisição e alienação de controle acionário, bem como qualquer outra forma de aquisição de ações ou participações societárias previstas em lei”. Cabe observar que a medida provisória foi transformada na Lei 11.908 de 03 de março de 2009. Em destaque na ementa consta a autorização para a aquisição de outros bancos, *in verbis*: “Autoriza o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias e a adquirirem participação em instituições financeiras sediadas no Brasil; altera as Leis ns. 7.940, de 20 de dezembro de 1989, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 11.524, de 24 de setembro de 2007, e 11.774, de 17 de setembro de 2008; e dá outras providências”. Deve ainda ser ressaltado que o prazo determinado na lei, conforme determina o art.2º, § 4º é até 30 de junho de 2011, podendo ser renovado pelo prazo de mais 12 meses por ato do executivo. Diante disso, a dúvida é: se não há crise, porque deve haver tamanha intervenção? Aos meus olhos não há fundamento constitucional que se sustente, ainda mais se o próprio executivo diariamente afirma que não há crise. Assim, se não há crise, não há relevante interesse coletivo e tampouco insegurança nacional que justifique a manutenção da lei, a qual, defendo eu, já deveria ter sido extirpada do ordenamento jurídico por imotivação de manutenção de sua permanência.

intervenção do Estado na economia, ainda mais se considerada a norma constitucional do art. 173, pois se encaixaria perfeitamente no requisito de segurança nacional – ainda que a referida segurança esteja ligada a estabilidade econômica. No entanto, manter a intervenção por prazo indeterminado ou para além do tempo necessário afronta o sistema constitucional. Obviamente que a aventada inconstitucionalidade se justifica pelos mesmos motivos já mencionados anteriormente: limitação da exploração em casos específicos.[79]

Como princípio da ordem econômica, a subsidiariedade[80] impõe limites ao Estado. Significa que o Estado não poderá exercer atividade econômica de maneira direta se acaso não preencher os requisitos exigidos pela norma constitucional nos termos do *caput* do art. 173, *in verbis*: "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição[81], 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". Cabe observar que a livre iniciativa é princípio fundamental do Estado brasileiro e também um dos fundamentos da ordem econômica, de tal forma que a intervenção do Estado, tirante as ressalvas feitas pelo constituinte, é inconstitucional, devendo ser rechaçada pelo sistema jurídico. Não se deve perder de vista que tal posição é dominante, portanto repeti-la várias vezes faz com que o leitor perceba que a letra da lei não se coaduna com a prática. Ou seja, embora expressamente determinada, a diretriz da

[79] Entendimento diverso possui Mario Engler Pinto Júnior. De acordo com suas palavras: "Durante a recente crise financeira, a função empresarial do Estado voltou a priorizar a intervenção estrutural para suprir deficiências momentâneas da iniciativa privada, sobretudo no que se refere à oferta de crédito para investimento e consumo, que praticamente secou durante a fase mais acuda dos distúrbios. Trata-se, porém, de movimento passageiro que atribuiu à empresa estatal – e em especial aos bancos públicos – função integradora decorrente de motivos conjunturais. Tal situação não impede que empresa estatal continue servindo de instrumento de ordenação do mercado em ambiente de concorrência, com o objetivo de forçar a redução dos preços em benefício do consumidor". (PINTO JÚNIOR, p. 21). Ao meu ver, conforme ressaltado no texto, a intervenção há de ser temporária e devidamente justificada, ainda que tal justificativa sofra alguma restrição imediata por falta de delimitação mesma do que seja relevante interesse coletivo ou segurança nacional, nos termos apresentados por Luis Roberto Barroso, *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 389-434.

[80] De acordo com Silvia Torres, a expressão é "proveniente do latim *subsidium* e significa ajuda ou socorro, de sorte que não pode ser extraído de seu conteúdo um mero limite á ação do poder público, de sorte a considerá-lo como ente secundário ou simplesmente supletório". No entanto, a autora acrescenta que "o princípio da subsidiariedade, não consiste, pois, a se analisar a literalidade do termo latino, na definição de um limite, mas, ao revés, na especificação de uma natureza, pela qual a intervenção do Estado é um *subsidium*, isto é, uma ajuda que promove, coordena, controla, vigia e, em determinados supostos de fato, quando assim exigir o bem comum ou a justiça distributiva, supre". TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16-17.

[81] As ressalvas constitucionais dizem respeito aos arts. 176 e 177, relativos às atividades que estão sob o manto do monopólio estatal. Ou seja, as demais atividades que não compreendem atividades sob o regime de monopólio, a interferência do Estado somente se dará em situação de excepcionalidade, observando o princípio da subsidiariedade.

intervenção é utilizada pelo Estado de acordo com seus interesses privados. Isso mesmo, interesse privado do Estado. Tal interesse, aliás, que se mostra idêntico aos interesses privados dos que ocupam o poder político e governamental do país em determinadas épocas. Tanto é assim que o Brasil não possui um plano de desenvolvimento; quando muito há planos ou diretrizes de governos, ou para derrubar a situação ou para se manter no poder de forma perpétua; pactuando e repactuando interesses políticos e não públicos efetivamente. É nesse sentido que o interesse público se identifica com o interesse privado. Mas esse é um tema que tende para uma discussão política, a qual, inclusive, não integra objetivamente o tema proposto pelo trabalho, servindo apenas de exemplo para maiores esclarecimentos do que se quis demonstrar.

Observa-se também que, a imposição de limites à Administração Pública se dá no sentido de que ela não deve ser o senhor da atividade exercida, mas, quando muito, um parceiro. Entretanto, a agressividade com que o Estado vem assumindo uma função empresarial remete a uma desconfiança geral, na qual a parceria já não seria mais um objetivo a ser perseguido. Quando Maria João Estorninho[82] comenta que “nos nossos dias (...) devemos estar preocupados com a falta de inventiva e agressividade da Administração num mercado em que ela surge como parceiro e não como senhor”, deve-se crer que não se observa de forma adequada o incentivo perigoso que se dá ao Estado de retomar todas as atividades como se esta função fosse excepcionalmente sua – a exemplo, cita-se a questão da criação da Segurobras, que, diga-se de passagem, por enquanto permanece no só campo das idéias, sem força cogente. Mas o fato é: se diferente fosse, o que restará então ao setor privado? Seguir as regras indeterminadas de um governo que ao seu modo proclama a privatização do Estado a um grupo minoritário de agentes pertencentes a esse mesmo grupo e se esquece que eles não são a personificação do Estado? Eis um problema que se instala e reclama uma posição mais ativa dos cidadãos que, aliás, esquecem que podem exigir uma maior transparência e se colocam apenas na posição de súditos; eternos súditos...

---

[82] Apud MARQUE NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fabio Medina e Villela Souto, Marcos Juruena. *Direito Administrativo*. Estudo em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

De acordo com a afirmação de Floriano de Azevedo Marques Neto, quando o mesmo trata da fuga para o direito privado e captura pelo direito público, assevera o autor que o mesmo decorre do afastamento da Administração Pública da configuração de seu Estado inicial de Estado de Polícia. Ainda de acordo com o autor, "se essa aproximação da Administração Pública das instituições de direito privado se deu pela introdução do poder público nas relações obrigacionais, na gestão de rendas e patrimônio e mesmo na atividade de fomento, com o engrandecimento das funções assumidas pelo Estado, esse processo radicalizou-se".[83] De acordo com o autor, após a prestação de serviço público por entes da Administração Pública, revestidos da forma de direito privado, restou inevitável o crescimento da intervenção do Estado no domínio econômico. No entanto, o autor alerta para o fato de que a fuga, ao final, acabou por "ensejar o aproveitamento das empresas estatais para burlar as exigências de isonomia, impessoalidade, moralidade e economicidade (subjacentes ao princípio republicano) asseguradas ao regime de direito público.[84]

E mais, ainda de acordo com Floriano de Azevedo é possível identificar duas ordens de regime público: (i) quanto a gestão do ente e (ii) prestação da atividade. O primeiro diz respeito às regras de contratação, concurso público, regime de controle de atos, etc. Já no segundo caso, "cuida-se da aplicação ou não de regras de continuidade, universalidade, modicidade remuneratória, próprias de atividades definidas como serviço públicos"[85]. Ressalta também o autor que a maioria das estatais se submete quanto às duas ordens ao direito privado, no entanto, não se descarta a possibilidade, como no caso do Banco do Brasil, por exemplo, quanto à gestão se submete ao regime público e quanto à exploração da atividade ao regime privado. E o contrário também é possível, como no caso da Telemar, por exemplo, que se sujeita ao direito privado em relação a sua gestão, mas em relação à prestação da atividade se submetem ao regime de direito público. O autor ainda faz uma observação em relação à Constituição de 1988. Pelo que se depreende do texto, houve uma extrema limitação em relação à gestão, que passa então a ficar

[83] MARQUE NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fabio Medina e Villela Souto, Marcos Juruena. Direito Administrativo. Estudo em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 575-604, especialmente p. 577.
[84] Ibidem, p. 578.
[85] Ibidem, p. 578.

limitada pelas normas constitucionais vigentes, causando o que o autor considera desvantagem em face das demais companhias privadas.

Floriano faz importante observação em relação ao tratamento dispensado às estatais que atuam em modo de competitividade. De acordo com o autor:

> a presença do Estado, por intermédio de empresa estatal, competindo num setor da economia não pode se dar em condições privilegiadas ou desiguais em relação aos particulares. Mas disso decorre também uma conseqüência inversa. Não se pode admitir que – aceita a necessidade do ente estatal disputar o respectivo mercado com os privados – a lei imponha a Le, ente estatal, condições desproporcionalmente desfavoráveis. Se o pressuposto da intervenção estatal direta em atividades econômicas sujeitas ao regime de competição é a existência de interesse público (soberania ou relevante interesse coletivo) a justificá-la, as restrições à atuação estatal, como agente competitivo, também ferirão o interesse público. [...] Portanto, pode-se extrair da carta a vedação a que sejam estipuladas condições restritivas tanto à plena condição de competitividade dos privados com o ente estatal, quanto em sentido inverso, deste para com os privados.[86]

[86] Ibidem, p. 584.

2. REGIME JURÍDICO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA EXPLORADORAS DE ATIVIDADES ECONÔMICA

2.1 A complexidade da sociedade de economia mista sob o aspecto publico

No capítulo anterior verificou-se que o exercício direto de atividade econômica pelo Estado, de acordo com o que estabelece o artigo 173 da Constituição Federal brasileira, somente poderá ocorrer quando estiver relacionado a questões de segurança nacional ou for de relevante interesse coletivo.[87] A autorização para que o Estado possa explorar diretamente áreas econômicas se dá de forma explícita e recepciona o princípio da subsidiariedade.[88] Disso resulta que a atividade há de ser necessariamente atividade econômica em sentido estrito e que não comporta a modalidade serviço público.

O Estado, ao intervir na esfera econômica, se comporta como se empresário fosse. As formas societárias por ele utilizadas tanto podem ser a de empresa pública ou a de sociedade de economia mista[89]; as chamadas estatais. Dependendo da forma utilizada, maior ou menor será a aplicação do regime jurídico de direito público, conquanto subsistam os dois regimes. Essa hibridez de regimes jurídicos é

---

[87] Nos termos do que prescreve o art. 173, temos que: "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 definido em lei".

[88] Dito de outra forma: o Estado somente exercerá diretamente uma atividade econômica em sentido estrito quando esta for de relevante "interesse público" ou se for de importância estratégica para a segurança nacional e a iniciativa privada não possuir interesse ou meios adequados para o devido exercício da atividade. Além disso, a subsidiariedade importa em perda do monopólio estatal e permite com que demais atores, como as sociedades de economia mista, em especial, possam interagir com a sociedade civil na persecução do melhor interesse público, sem que haja a retirada arbitrária de direitos fundamentais que colidam com interesses públicos outros que não os ligados à implementação dos objetivos constitucionais, que em tela, pode ser representado pela livre iniciativa. Sobre o princípio da subsidiariedade ver: TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v.19, p.7-36, abr./jun, 1997; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e MENDONÇA, José Vicente de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 709-741.

[89] Considera-se, para efeitos deste trabalho, sociedade de economia mista a sociedade que se reveste necessariamente da forma de sociedade anônima e que depende de prévia autorização legislativa para constituir-se. Não se trabalha com a possibilidade de se estender as demais sociedades nas quais o Estado possui a maioria do capital social votande por aquisição posterior a sua criação.

decorrente do fato de que as estatais, ao mesmo tempo em que são entes da Administração Pública Indireta são também pessoas jurídicas de direito privado.

A hibridez de regimes aplicáveis às sociedades de economia mista, bem como o conflito de interesses que se estabelece em tais companhias pela sua própria natureza constitutiva acaba gerando uma maior dificuldade em estabelecer uma solução adequada quando os interesses extrapolam a relação contratual. Diante de tal situação é que se ressalta que não se tem a pretensão, neste estudo, de esgotar o tema, mas tão somente tentar levantar o véu que encobre a zona de incerteza em relação à aplicação do regime jurídico que deve prevalecer na solução do conflito posto.

Cabe lembrar que estatais são as chamadas empresas do governo. É através delas que o Estado passa a intervir diretamente na economia; que exerce a função de empresário. Elas se diferenciam em empresa pública e sociedade de economia mista. A empresa pública pode se revestir de qualquer uma das formas possíveis previstas para as empresas privadas e é o tipo de sociedade na qual o Estado detém a totalidade do capital. A sociedade de economia mista, ao contrário da empresa pública, somente pode se revestir da forma de sociedade anônima e necessariamente deve ter o Estado como detentor da maioria do capital votante. A sua criação se dá mediante autorização em lei, devendo seguir os demais trâmites para a sua constituição, igualmente como ocorre com as demais sociedades anônimas.[90]

As estatais, embora sejam entes da Administração Indireta, com autonomia administrativa, liberdade de atuação, contabilidade privada e responsabilidade social perante terceiros, que dentre outras características são as que advêm da sua

[90] Cf. Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967 (alterado pelo Decreto-lei 900/1969), que considera a sociedade de economia mista como ente da administração indireta (art.4°, II, c). Além disso, conceitua a sociedade de economia mista como sendo “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” (art 5°, III). A Lei das Sociedades Anônimas (6404/76), em seu art. 235, considera que: “As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal”; também o art. 236 da LSA: “A constituição da companhia depende de prévia autorização legislativa”. No mesmo sentido, art. 37, XIX, da CF: “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”.

personalidade jurídica de direito privado[91], também estão sujeitas a uma série de comandos que são impostos constitucionalmente à Administração Pública. Esse caráter híbrido que recai sobre as estatais acaba gerando uma série de questionamentos que em dado momento pode ser de difícil solução.[92]

Na sociedade de economia mista, como da própria denominação se extrai, há uma parcela pública e outra privada. Dessa união público-privada, surge uma gama infinita de interesses conflitantes. Nem sempre o interesse de uma sociedade de economia mista se identifica com o interesse do Estado, que por ora será considerado como se interesse público fosse. Dependendo da natureza da atividade a ser desempenhada pela companhia, mais próxima ou mais distante estará ela dos objetivos públicos.[93]

Muitas vezes, a companhia comporta interesses que se identificam com os interesses do Estado acionista e outras vezes com os interesses dos acionistas minoritários, porém há situações em que não existe qualquer identificação. A companhia mesma tem interesses que devem ser entendidos como próprios. Estes interesses, em regra, estão devidamente assentados no estatuto da companhia e não podem ser restringidos ao entendimento de que são necessariamente

---

[91] Importante lembrar que a pessoa jurídica representa um instrumento significativo nas relações econômicas e que o seu reconhecimento como sujeito de direito também o é, de tal maneira que, por detrás da pessoa jurídica propriamente dita há interesses pessoais e políticos que não podem ser descartados na busca de se fazer compreender que tal pessoa jurídica é em si um conjunto de vontades que se aglutinam. Nesse sentido, segundo Ascarelli, a expressão "pessoa jurídica" designa apenas um complexo de normas jurídicas com um mesmo centro de imputação. Ela nada mais é do que a expressão abreviada desse conjunto de normas. O que não significa –acrescenta – negar, mas, ao contrário, acentuar o valor instrumental dessa noção enquanto indicação de situações subjetivas, ditadas para os homens que compõem essas pessoas jurídicas. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 334-336.

[92] "A empresa pública (*stricto sensu*) ou a sociedade de economia mista têm, efetivamente, personalidade jurídica de direito privado, e são regidas preferencialmente pelo direito comum. [...] Caio Tácito, refere-se às empresas públicas em sentido *lato*, 'como pessoas jurídicas de direito privado, regidas a um tempo pelo direito comercial e pelo direito administrativo, criadas nos moldes da lei comercial comum, sob a forma de sociedade por ações, iniciando-se sua existência com o arquivamento dos atos constitutivos no registro do comércio, dependendo sua instituição de prévia autorização legislativa, porque envolve aplicação de recursos públicos e significa a execução de uma determinada incumbência do Estado." (MUKAI, Toshio, op.cit, p. 287)

[93] Em sentido oposto, há a posição de Alessi, para o qual, "a criação de tais entes por parte do Estado se deve simplesmente ao genérico interesse de que determinadas funções e atividades de caráter econômico se desenvolvam (ou se desenvolvam também) por parte de um ente público. Aqui portanto – sublinha – 'não existe uma renúncia voluntária à supremacia por parte do ente público, mas sim uma renúncia necessária essencial, devida à essência da natureza jurídica dos entes em questão, cuja atividade essencial, ou quando menos, preponderante, deve desenvolver-se em regime de direito privado, em regime de igualdade com os particulares.' À propósito da expressão 'renúncia voluntária à supremacia por parte do ente público', de nossa parte, julgamo-la indevida e imprópria, uma vez que entendemos não poder a Administração renunciar voluntariamente à sua condição de *puissance publique*, sem mais (salvo se condicionada por circunstâncias que a obriguem a tal, ditadas pelo princípio da proporcionalidade dos meios aos fins, de que falamos anteriormente), porque o princípio da indisponibilidade do interesse público impede tal renúncia" (MUKAI,Toshio, op.cit, p. 291)

interesses que se identificam com o interesse público. Disso decorre o seguinte questionamento: qual interesse deve prevalecer, o do Estado-controlador, o dos acionistas minoritários ou o da companhia? E ainda, o que é interesse da companhia em si? Tais respostas não são obtidas prontamente. Em determinadas situações é preciso primeiro averiguar o regime jurídico que incide sobre determinada companhia para que posteriormente se possa efetivamente estabelecer, com maior segurança, o interesse que direciona as atividades empresariais e se estas são ou não passíveis de serem legitimadas como atividades de Administração Pública (do Estado) ou se estão mais atreladas a atividades empresariais (privadas).

Em regra, as estatais estão sujeitas às diretrizes e metas traçadas pelo governo, mas também se utilizam de métodos privados para gerir com maior eficiência e agilidade seus objetivos. Isto, inclusive, foi o que motivou a atribuição de personalidade jurídica de direito privado a tais entes da Administração Indireta. O objetivo era justamente a desburocratização da gestão administrativa. A participação de capital público, na sociedade de economia mista, garante ao Estado o poder de controle[94], mas não dá a ele o poder de agir irrestritamente. Da conjugação de capitais público e privado deve resultar uma conjugação também de interesses. E é justamente essa conjugação de interesses que, em dado momento, caracteriza a dificuldade em se estabelecer o regime jurídico que irá solucionar o conflito. O caminho a ser inicialmente percorrido na busca de uma melhor solução para a aplicação do regime jurídico em relação às sociedades de economia mista é determinar a atividade que a mesma desenvolve. Se a atividade econômica explorada for considerada serviço público, maior será a incidência das normas de direito administrativo, face à essencialidade dos objetivos a serem alcançados. Ao contrário, se a atividade econômica não for considerada serviço público, maior será

[94] Por ocasião do julgamento do Processo RJ 2005/4069, a Comissão de Valores Mobiliários salientou “a necessidade de permanência do poder. (...) vencer uma eleição ou preponderar em uma decisão não é suficiente. É necessário que esse acionista possa, juridicamente, fazer prevalecer sua vontade sempre que desejar (excluídas, por óbvio, as votações especiais entre acionistas sem direito a voto ou de determinada classe ou espécie, ou mesmo a votação em conjunto de ações ordinárias e preferenciais, quando o estatuto estabelecer matérias específicas). Por esse motivo, em uma companhia com ampla dispersão ou que tenha um acionista, titular de mais de 50% das ações, que seja omisso nas votações e orientações da companhia, eventual acionista que consiga preponderar sempre, não está sujeito aos deveres e responsabilidades do acionista controlador, uma vez que prepondera por questões fáticas das assembléias não preenchendo o requisito da alínea "a" do art. 116, embora preencha o da alínea "b". Esse acionista seria considerado, para determinação de sua responsabilidade, como um acionista normal (sujeito, portanto, ao regime do art. 115).” Cf. BERTOLDI, Marcelo M. O poder de controle na sociedade anônima: alguns aspectos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 118, abr./jun. 2000, p. 65.

a incidência do regime privado. O acertado estabelecimento do que é serviço público, portanto, passa a ser o norte que determina o regime jurídico a ser aplicado a cada sociedade de economia mista em espécie.

Deve ser ressaltado que alguns elementos acima mencionados já foram objeto de discussão nos capítulos anteriores, de tal forma que serão aqui retomados apenas para reforçar a influência da atividade exercida pelo Estado em regime de concorrência com a iniciativa privada, bem como demonstrar a necessidade da releitura das normas expressas que por vezes cegam o intérprete no caso concreto, sem que o mesmo possa perceber a importância da nova interpretação, até mesmo em termos de manutenção dos próprios princípios da administração pública que, por vezes, se perdem em meio ao sistema político e burocrático ainda recepcionado por um Estado que ambiciona ser Empresário, mas que não abre mão de sua posição de “corporação de oficio”.

Nos termos do que propõe Floriano de Azevedo, a distinção se daria não em face da atividade em si, mas, sim, em razão da competição existente em função da atividade exercida. Nesse sentido, portanto, é que de acordo então, com o meio a ser utilizado pela atividade exercida, maior ou menor poderá ser também a incidência do regime público ou do regime privado, não me parecendo haver, nesse ponto considerável diferenciação entre atividade econômica em sentido estrito e competitividade das companhias em determinado setor da economia, ou do mercado.

De acordo com o disposto no art.173 da Constituição brasileira é possível perceber que se trata de atividade econômica em sentido estrito, de sorte que o exercício de atividade econômica que compreenda serviço público não foi por ele recepcionado.[95] Tal afirmação decorre do fato de que é dever do Estado prestar serviço público e que, portanto, prescinde ele de autorização ou permissão para exercer tal modalidade.[96] O Texto constitucional, ao exigir que a atividade seja necessária aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo

[95] Eros Grau faz uma distinção entre interesse coletivo e interesse social. Para ele, a atividade econômica em sentido estrito é aquela que se dá aos moldes ao art. 173 da Constituição, ou seja, ocorre nos casos de interesse coletivo ou segurança nacional. Já o serviço público (interesse social) tem sua disciplina no art. 175 da Constituição. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

[96] Sobre o tema, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

exclui a possibilidade de se interpretar atividade econômica como se em sentido amplo fosse. É, portanto, atividade que não comporta a modalidade de serviço público. Logo, as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido amplo não estão sob o comando normativo do art.173, §1º, II da Constituição.

Dessa forma, considerando que o limite do estudo se estabelece em relação ao conflito de interesses que surge no âmbito das sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito, pode-se afirmar que estão elas sujeitas aos comandos do direito privado, em regra e, excepcionalmente, submetidas aos comandos do direito público, mais especificamente ao direito administrativo, na solução dos conflitos. Essa excepcionalidade é decorrente da força normativa da Constituição, que, no caso brasileiro, estabelece uma série de objetivos a serem perseguidos por todos aqueles que atuem na esfera econômica, de sorte que, por vezes, a ponderação dos princípios estabelecidos no art. 170 da Constituição se tornam essenciais no caso concreto. Tanto pode ser assim percebido que não são normas destinadas apenas a Administração Pública que ocupa uma posição privada. Ao contrário, destina-se a todos que exercem atividades econômicas.

Merece ser lembrado que ainda há pouco percebemos que para Floriano de Azevedo, não importa se a atividade é explorada por uma sociedade de economia mista, por exemplo, ou por uma sociedade eminentemente de capital privado, mas, sim, se o mercado no qual atua é de livre concorrência, ou de competição, como me parece ser da preferência do autor. O importante, segundo o autor, é que deve haver um paralelismo no tratamento. Não há, afirma ele, justificativa para a criação de uma sociedade de economia mista, restringindo seu pensamento a este tipo societário, se for para dar-lhe tratamento diferenciado e não tratamento igualitário no mercado. Ou seja, não há nada que sirva de argumento para restringir a atuação da estatal por normas de direito público, pelo fato de haver participação de ente público, principalmente no que diz respeito à detenção do poder de controle. O artigo 173 da Constituição Federal já primou por dar tratamento diferenciado às estatais que em regime de concorrência e desde que exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Assim, remeter a limitação da estatal por convenção

infraconstitucional, nos termos do que preceitua a LSA no que diz respeito ao fato de que podem decidir com base no interesse público é um pensamento cíclico que afronta a vontade constitucional. O interesse público, no meu entender, exposto na lei anonimária (LSA), deve ser compreendido à luz da Constituição, no sentido de que devem prevalecer as regras privadas e não, especificamente, o "interesse público" do ente detentor do poder de controle.[97]

Conforme também já mencionado, os conflitos que podem surgir no interior de uma companhia e que se relacionam diretamente aos interesses público e privado são resultantes da hibridez de regimes jurídicos aplicáveis.[98] Para tornar mais clara a afirmação, podemos citar a situação das empresas públicas. Por serem de titularidade exclusiva do Estado, o interesse que prevalece é sempre o público, seja ele primário ou secundário, seja a atividade explorada serviço público ou não. Note-se que não há uma contra-parte a exigir comportamento diverso na tomada de decisões. Nestas companhias o Estado realmente alcançou o objetivo da desburocratização sem maiores problemas quando lhe atribuiu personalidade jurídica de direito privado. Ele manda e atua como bem entender. A força das decisões políticas é prevalente e não há muito que se possa fazer, até pelo fato de que desmembrar o "Estado" detentor do capital e torná-lo conhecido é tarefa impossível. Além disso, pode-se ressaltar que o tema em si pode ser revisto sobre outro prisma, qual seja, a da realidade empresarial que possibilita efetivamente o exercício de determinada atividade econômica por parte do Estado, uma vez que há, neste ponto em comento, uma afronta também a possibilidade de desenvolvimento de atividade econômica, no Brasil, por sociedades tidas como unipessoais, o que parece ser a situação do Estado quando na exploração da atividade através de uma

[97] Nessa situação em especial, cabe observar que permitir uma interpretação pró-aplicação do interesse público sempre que o Estado estiver com/no poder de controle coloca em risco a autonomia privada e a livre iniciativa, pois é sabido, como também já fora mencionado, que o Estado ocupa lugar de destaque na seara privada, seja como ente participante do capital social de uma sociedade de economia mista, seja como mero investidor em companhia privada.

[98] Cabe observar que, em relação à hibridez do regime jurídico, há situações em que o "privado" se submete aos comandos do "público": (i) imposição de licitação (Lei 8666/90), (ii) realização de concurso público (CF, art. 37, II), (iii) limites máximo para remuneração de seus empregados (CF, art. 37, XI), (iv) restrições quanto à publicidade de suas atividades (CF, art. 37, §1º), (iii) controle pelo tribunal de contas (CF, art. 71, II), dentre outros. Já em relação ao regime jurídico privado destacamos a disposição constitucional que determinam a aplicação do regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no que diz respeito aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (CF, art.173, §1º, II). Assim, temos que, em princípio, os comandos normativos da LSA é o regime primeiro a ser aplicado em relação às sociedades de economia mista, devendo ser entendido que o interesse público, em princípio, não gozará de supremacia.

empresa pública. Mas isso é tema para ser discutido em momento oportuno, restando aqui como mero comentário o fato de que o Estado não tem sido convidado a observar as regras e princípios constitucionais, tal qual o da igualdade, insculpido do artigo 5º, caput. Se assim fosse, haveria uma norma que permitisse a sociedade unipessoal no país também para os empreendedores privados.

Na sociedade de economia mista a situação é um pouco diversa. Haverá sempre uma contra-parte questionando as decisões tomadas pelo ente estatal (acionista majoritário e detentor do poder de controle). Nem sempre a decisão tomada pelo controlador poderá refletir única e exclusivamente seu interesse. Os acionistas minoritários poderão, sempre que se sentirem lesados ou ameaçados pelo poder "discricionário" do controlador, que se manifesta na afirmação de que age em prol do interesse público, reclamar pela tutela do direito que lhes cabe.

De acordo com o art. 238 da LSA, o controlador poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender o interesse público que justificou a sua criação. Mas antes mesmo de observar tal comando, a distinção em relação à atividade prestada há de ser considerada. Se a sociedade de economia mista explora serviço público não está ela obrigada aos comandos normativos do art. 173, §1º, II da Constituição Federal brasileira. Logo, o interesse público, conforme posto no art. 238 será aquele que atender melhor o universo no qual se compreende a Administração Pública. Já se se tratar de atividade econômica em sentido estrito, conforme se tem afirmado reiteradamente no decorrer deste trabalho, o comando do art. 173, §1º, II deverá incidir sem restrição. A sociedade de economia mista, neste caso, teria o Estado participando isonomicamente com o privado. Haveria simetria nas relações entre o público e o privado, devendo ser estabelecido o limite do interesse público no caso concreto, não se deixando, entretanto, de se considerar as situações fáticas e a realidade social que contextualiza a união público-privada. Também o comando do art. 115 da LSA deverá ser aplicado.[99]

Nesse sentido, assiste razão a Floriano Marques quando propõe o tratamento isonômico às companhias que atuam no mesmo setor, independentemente de

[99] Vale lembrar que o mesmo é utilizado como regra de conflito, sendo verificado tanto no seu viés formal quanto material. Destaca-se também que o assunto é examinado na doutrina nacional por CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 2; SALOMAO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2002, dentre outros.

serem elas estatais ou companhias exclusivamente de capital privado, às quais não se sujeitam aos limites impostos aos entes da Administração Pública.

É importante lembrar novamente que a expressão “interesse público” possui várias dimensões e interpretações e que se posiciona no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados. Dessa forma, não serve de parâmetro para solução dos conflitos que surgem no interior das sociedades de economia mista como pode se depreender da leitura apressada do já citado art. 238 da LSA. Para efeito de melhor discutir a expressão “interesse público” é importante destacar que é ele gênero do qual interesse social e interesse coletivo são espécies. Essa distinção é necessária para fins de evitar que se confunda “interesse coletivo” com “interesse social”.[100] Também não se deve confundir o interesse social, espécie do gênero interesse público, com o interesse social que é utilizado pela doutrina societária. Para que não haja confusão em relação aos termos utilizados neste trabalho, toda vez que me referir ao interesse social como sendo o interesse da companhia assim o definirei: interesse da companhia.

Diante de tais observações, o problema que resta é: qual o limite a ser estabelecido para a compreensão do interesse público mencionado no art. 238 da LSA e na interpretação do art.173 da Constituição Federal? E ainda, há uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado?

2.2 A supremacia do interesse público em face do interesse privado na sociedade de economia mista.

Muitas vezes o interesse público é identificado como sendo o interesse do Estado, mas será isso mesmo? Interesse público é mesmo interesse do Estado?

[100] Interesse público é gênero do qual interesse coletivo e interesse social são espécies. Interesse coletivo é aferido no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos. Interesse social está relacionado à coesão social e é aferido no plano do Estado, plano da universalidade. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.129-130.

É importante ressaltar uma vez mais que o conceito de interesse público se situa no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados.[101] No entanto, ultrapassada a fase que o conectava ao sujeito, é possível uma apreciação valorativa e realística dada a mensuração do caso concreto. Dessa forma, o interesse público não mais se identifica única e exclusivamente como sendo interesse do ente estatal, sendo, por vezes, identificado mesmo na tutela de um direito individual (privado, portanto). Assim, o interesse do Estado é por definição interesse público, mas o público não se reduz ao estatal. A sociedade, em determinado momento e sob determinada diretriz política, há de auxiliar a delimitação do conceito de interesse público.

É importante também lembrar a distinção elaborada pelos administrativistas italianos: a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário.[102] O primeiro é o interesse da coletividade. A idéia se confunde com a de bem comum. O segundo é o interesse da própria administração pública, assumindo, em regra, caráter fazendário. Ambos os interesses públicos (primário e secundário) podem entrar em choque com os interesses da sociedade de economia mista e, portanto, com os interesses legítimos dos acionistas minoritários. Observem-se dois exemplos em que isso ocorreu. No primeiro, há conflito entre interesse público secundário e interesse privado. No segundo, o conflito envolve o interesse público primário.

O primeiro exemplo é o da Companhia Elétrica de Minas Gerais (CEMIG), que abarca o conflito entre o interesse público secundário do Governo de Minas Gerais e

---

[101] Para Sainz Moreño, “um termo é indeterminado quando não tem limite preciso, quando não traz sobre a realidade a que se refere uma linha clara". SAINZ MOREÑO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 70. Eros Roberto Grau, por sua vez, entende que não existem conceitos jurídicos indeterminados, mas, sim, termos indeterminados. Entende o autor que os parâmetros para o preenchimento dos termos devem ser buscados na realidade, “[...] inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções essas que variam conforme a situação das forças sociais [...].” GRAU, Eros. Direito. Conceitos e Normas Jurídicas. São Paulo: RT, 1988, p.72. Vide também, ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região*, n. 25, jul./dez., 1996; MORESCO, Celso Luiz. *Conceitos jurídicos indeterminados. Revista Trimestral de direito público*, n. 14, p.78-95; COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista Direito Público*, n. 95, p.125-138.

[102] No Brasil, a distinção entre interesse público primário e secundário é sustentada por Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. A ela também adere Luis Roberto Barroso, cf. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados:* Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. vii-xviii. O autor, inclusive, extrai importantes conseqüências dessa distinção no que toca ao tema da supremacia do interesse público. Para ele, a supremacia do interesse público só pode ser sustentada em relação ao interesse público primário, não ao interesse público secundário

o interesse da Sociedade de Economia Mista, que é por ele controlada. O Governo do Estado de Minas Gerais deixou de pagar os seus débitos junto à Companhia. A Companhia iniciou negociações no sentido de obter o pagamento devido. Foi encaminhada proposta de pagamento pelo Governo estadual à companhia, que a levou à assembléia especial de acionistas. Por se tratar de débito considerável e verificando que o prazo proposto era dilatado demais, resolveram os acionistas minoritários que era caso para aplicação da regra de conflito instituída no §1° do art. 115 da LSA. O controlador estaria impedimento de exercer o direito de voto. O Governo Estadual, além de devedor, era também o controlador da companhia, configurando-se então o conflito de interesses. Seria ele legítimo para decidir, no caso, em favor de seu próprio interesse público secundário, a despeito dos interesses dos acionistas minoritários ou da própria companhia?

O segundo exemplo é o da Petrobras. Como se sabe, trata-se de sociedade de economia mista controlada pelo Governo Federal, cujas ações estão no mercado. Nos últimos anos, o preço do petróleo no mercado internacional tem subido constantemente. O interesse da companhia era o de que o seu produto fosse vendido pelo preço fixado internacionalmente. Daí resultaria o aumento considerável do preço dos combustíveis no Brasil. Está instaurado o conflito de interesses: de um lado, o interesse dos acionistas minoritários (e, no caso, também dos trabalhadores, que possuem direito à participação nos lucros, direito fundamental, de acordo com o art. 7º, XI da Constituição brasileira); de outro lado, o interesse público (agora primário) de manter a inflação sob controle. A orientação do controlador, o Estado, na fixação dos preços do produto, tem sido considerar objetivos outros que não a mera maximização dos lucros (interesse da companhia, em princípio, e dos acionistas minoritários – investidores que querem a proteção do seu direito fundamental de propriedade). Qual dos dois interesses deveria prevalecer?

É preciso lembrar que em relação ao interesse público também se discute a existência de um princípio: o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Dependendo do entendimento que se tenha a respeito do que seja interesse público, pode ser que a tese da supremacia se torne vitoriosa ou não. A doutrina não é pacífica em aceitar a existência deste princípio. Para efeitos de exemplo, destaca-se a posição de alguns autores. Daniel Sarmento entende que

não existe uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Para este autor, os interesses em jogo devem ser ponderados (sopesados), prevalecendo ou o interesse público ou o privado. Já para Gustavo Binenbojm, interesse público é o que resulta da ponderação realizada entre os interesses. Para Luís Roberto Barroso, autor que defende a separação entre interesse público primário e secundário, há sim uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado. De acordo com este autor, o interesse público primário, entendido como o interesse da coletividade (para diferenciar-se do secundário, que diz respeito aos interesses do ente estatal – interesse do erário) não comporta ponderação. Resulta daí que, para Barroso, o interesse público primário, mesmo ao se identificar com direitos fundamentais é sempre interesse público.[103] Em face de tais considerações, é improvável que se possa solucionar de maneira eficaz um conflito de interesses em uma sociedade de economia mista afirmando apenas que o interesse que deve prevalecer é o interesse público, pautando-se no fato de que a companhia existe justamente porque foi criada visando o atendimento do interesse coletivo (interesse público).

Por ora, cabe observar que, de acordo com meu entendimento, o que existe na sociedade de economia mista, na verdade, é meta-interesse, resultando daí que não há como separar interesse público e interesse privado. Para um melhor entendimento do que vem a ser por mim considerado meta-interesse é necessário abordar, em um primeiro momento, os interesses que influenciam na constituição das sociedades.

Dependendo da atividade a ser exercida pela companhia, mais próxima ou mais distante estará ela do interesse público, mas daí a afirmar-se que interesse da companhia é interesse público é desconsiderar tudo o que até aqui se construiu em defesa dos direitos fundamentais, é não levá-los a sério. Se o Estado resolve se utilizar da sua posição de sócio majoritário e determina que a gasolina deve ser vendida com uma margem mínima de lucro para beneficiar a coletividade ele deve,

[103] Em suas palavras: “o interesse público, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. [...] O interesse público desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro da ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público, p. xv-xvi.

no mínimo, assumir a diferença do preço – subsidiá-la. Não pode impor aos investidores o prejuízo ocasionado pela diminuição da lucratividade, que decorre de sua única e exclusiva vontade, fundamentado no fato de que a companhia deve visar, acima de qualquer outro interesse que por ventura possa surgir, o interesse da coletividade. O investidor privado não está obrigado a esta conduta. Se o interesse público coincide com a tutela de direitos fundamentais e não é passível de ponderação, conforme afirma Luís Roberto Barroso, pode-se concluir, então, que sempre haverá uma supremacia do interesse público sobre o privado. Mas isso significa dizer que o interesse que deve prevalecer é o que coincide com o interesse privado que se manifesta com respaldo em um direito fundamental? Ou não? E ainda, pode o acionista minoritário exigir que o controlador não direcione as atividades da companhia para o desenvolvimento regional, por exemplo, face à possibilidade de que tal atitude irá diminuir consideravelmente a distribuição de seus dividendos?[104]

Pode ser que, em dada situação específica, os interesses das partes (acionistas) se mostrem divergentes em relação ao interesse da companhia. Para que se possa alcançar uma solução adequada é preciso que se compreenda o universo das teorias que buscam fundamentar o vínculo associativo e a identificação mesma da função da companhia. Há três vertentes diferentes: a contratualista, a institucionalista e a organicista.[105] De acordo com a perspectiva de cada uma delas,

[104] De maneira análoga, podemos ainda considerar que há também conflito de interesses quando há a prestação de um serviço público. Por exemplo: fornecimento de energia elétrica aos inadimplentes vs. paralisação das atividades empresariais. A companhia está obrigada a fornecer energia elétrica mesmo que isso acarrete um rombo em seu orçamento pelo fato de que o inadimplente é o próprio Estado prestador de um serviço público? Quando a atividade econômica comporta a modalidade de serviço público é possível defender a tese de que, quando esta estiver imersa no sistema de concorrencial, tal fator deve ser levado em consideração. Certo é que ao Estado cabe a promoção das necessidades fundamentais, mas daí a concluir que é o único capaz de satisfazê-las soa um tanto quanto temerária tal afirmação. A ordem constitucional imposta pela Constituição de 88 exige que sejam observadas as normas dirigidas a realização dos direitos fundamentais e a implementação dos princípios constitucionais, dentre os quais se destaca, especificamente, a livre iniciativa, que tem por base a livre concorrência de mercado e o respeito a propriedade privada. Além disso, importante ressaltar que recentemente o Presidente do Banco do Brasil, afirmou que se não houver um mínimo de rendimento, não há que se falar em desenvolvimento regional. Diante de tal afirmação, portanto, concluo que a posição do governo, vez que o mesmo se manteve intacto no cargo da presidência, representa efetivamente a mais sórdida exemplificação de que as estatais estão sendo utilizadas como elementos geradores de rendimentos apenas tomando em conta o interesse político dos governantes e não efetivamente o interesse público o qual os mesmos buscam ressaltar existir. Dito de outra forma: o interesse público é na verdade o interesse político e nada tem a ver com o interesse da sociedade, do coletivo, como proclama a norma constitucional. Dessa forma, o interesse público, ressalto, acaba quando a companhia é criada. Depois, segue-se a regra do mercado!

[105] Para a teoria contratualista clássica, o interesse social (companhia) é aquele que se identifica com os interesses dos sócios num determinado momento. Para os contratualistas modernos, o interesse social já não estaria mais sob o controle dos órgãos sociais, de tal maneira que seu interesse se resumiria à maximização de

diferente será o vínculo que une as partes envolvidas em uma sociedade empresária e maior poderá ser a identificação do interesse dos sócios com o interesse da companhia. Embora seja relevante discutir tais teorias para uma melhor compreensão não só do poder de controle como das regras aplicáveis aos conflitos surgidos no interior da companhia, por ora apenas mencionaremos a existência delas e o fato de que o sistema jurídico-societário brasileiro, em termos de sociedade de economia mista, abriga no mesmo corpo jurídico, isto é, na lei das sociedades anônimas, tanto a teoria contratualista quanto a institucionalista, dificultando a aplicação dos seus preceitos. É importante ressaltar ainda que, embora já se tenha por superada grande parcela das teses que se coadunavam na estreita visão do contratualismo e do institucionalismo nas suas versões originais, ambas, atualmente, procuram estabelecer novos consensos.[106]

2.3 A complexidade da sociedade de economia mista sob o aspecto privado

O lucro, em regra, tem sido o foco das discussões que permeiam o ambiente societário, embora não seja o único. Parcela da doutrina tende a defender a tese de

---

lucros. Já para a teoria institucionalista, ao contrário da teoria clássica contratualista, não há identificação do interesse da sociedade com o interesse dos sócios, mas, sim, pressupõe-se que haja certa colaboração na busca do interesse social predeterminado. Observa-se também que, na sua fase extremada, a teoria institucionalista objetivava identificar seu interesse à sua própria preservação. Já para a teoria organicista, o vínculo associativo objetivaria a criação de uma organização, que corresponderia a coordenação recíproca de atos. Ou seja, o contrato social passa a ser identificado através de um valor organizacional. A coincidência de interesses diversos que se compõe pela diversidade de partes não mais sustenta a relação contratual. A sociedade como organização pressupõe harmonizar os interesses. Não se resume ao entendimento de que a organização deve visar única e exclusivamente uma eficiência econômica, de maneira análoga a proposta efetivada pela doutrina clássica econômica de que a empresa deve ser vista como um feixe de contratos isolados. Cabe observar que, a antiga polêmica existente entre contratualistas e institucionalistas no que se refere ao interesse social e ao interesse da sociedade também é percebida na discussão travada entre os modelos de *corporate governance*, que se preocupa tanto com os interesses internos quanto com os externos. Além disso, se para a teoria contratualista o interesse da sociedade se reduz ao interesse dos sócios a institucionalista busca uma identificação entre interesse social e interesse público. Para esta teoria, a empresa não se resume a uma organização privada pura e simplesmente, mas, ao contrário, congrega interesses diversos e representava um importante fator de desenvolvimento da economia.

[106] A título de exemplo pode ser mencionada a participação do trabalhador na gestão da empresa na legislação alemã. Sobre o tema Cf. DALCASTEL, Marcia Bataglin. A participação do trabalhador na gestão da empresa: a incidência dos direitos fundamentais nas relações *interna corporis* das sociedades anônimas. Dissertação de Mestrado. UGF. 2005.

que as estatais não teriam por objetivo a busca pelo lucro, mas tão somente o objetivo de prestar serviços essenciais à sociedade. No entanto, tal assunto ainda requer atenção por parte dos doutrinadores, uma vez que a sociedade de economia mista possui valores outros que não apenas este, principalmente se se tratar de sociedade de economia mista que exerce atividade econômica em sentido estrito. Dessa forma, pode-se defender a tese de que a busca pelo lucro nas sociedades de economia mista possui um papel essencial no que diz respeito ao mercado de capitais, contribuindo, inclusive, com a manutenção do equilíbrio das negociações pertinentes aos valores mobiliários, o que, efetivamente, também contribui com a estabilidade da economia. No entanto, ainda persiste a visão ultrapassada de que interesse público e lucro são conceitos antagônicos e divergentes na sua essência. Assim, em geral, o interesse do Estado deve ser o que melhor reflete o interesse público (coletividade), aproximando-se mais de um objetivo que visa à prestação de serviços de qualidade que ao lucro propriamente dito. Já o interesse privado tem como objetivo primeiro a busca por uma maior lucratividade. Esta é a lógica do sistema capitalista. No entanto, não se pode negar que há meios de ponderar tais interesses e promover o desenvolvimento social e econômico sem que se fique atrelado a preceitos que não mais se coadunam com o Estado democrático de direito, aos moldes do que preceitua a Constituição Federal brasileira.

Partindo-se da premissa de que o Estado não tem por finalidade a obtenção de lucros, os interesses contrapostos entre o ente público e os acionistas minoritários, em uma sociedade de economia mista, em determinadas situações, acabam sendo o estopim que deflagra a batalha entre a aplicação ou não da regra de conflito, conforme estabelecida no art. 115, § 1º da LSA.[107]

[107] Em relação à aplicação da regra de conflito que se extrai do art. 115, §1º da LSA, observa-se uma nítida separação entre interesse dos sócios e interesse da companhia, de tal sorte que isso acaba recepcionando um regime dual sobre a matéria. O interesse social *lato sensu* é diferenciado do interesse social *stricto sensu* (interesse da companhia). Aquele se equipara ao interesse geral da coletividade no desenvolvimento da atividade empresarial, este, ao contrário, reflete o interesse comum dos sócios enquanto sócios (*uti socii*). Note-se, entretanto, que esta analise é decorrente da doutrina contratualista e não da institucionalista, o que compromete a percepção da companhia como agente determinante da integração capital-trabalho e do desenvolvimento social, comprometendo, de certa forma, princípios como o da função social da empresa. No entanto, devemos também considerar que o princípio da função social da empresa, conforme observa Calixto Salomão Filho, não leva e nem pode levar à substituição do Estado pela empresa privada. Enquanto organização econômica lucrativa, a empresa privada não tem aptidão para assumir funções públicas. O direito societário não oferece mecanismos para atendimento de interesses externos, mas o princípio da função social leva ao estabelecimento de uma série de deveres positivos na condução da empresa, relativamente aos interesses extrasocietários afetados pela atividade empresarial. Interesses externos, por aplicação do principio da função

Pode até acontecer, em algumas situações, que o Estado mantenha certo interesse na lucratividade, pois, quanto maior a receita maior será a contribuição tributária da sociedade de economia mista, de sorte que tal lucratividade, ao fim, acabe por reverter também em prol da coletividade. Obviamente que isto não é comum, mas também não se pode olvidar de tal interesse. O fato é que, nem sempre o ente que gera a receita é o mesmo que recebe a contribuição. No entanto, diferente pode ser a situação se o ente se identifica em ambos os pólos da relação; como controlador da companhia e como destinatário do tributo. Mas, ainda assim, pode haver conflito de interesses. A despeito disso, cita-se novamente o caso Cemig, no qual o Estado é ao mesmo tempo controlador e devedor da companhia. Seu interesse, neste caso específico, acarretaria uma descapitalização imediata. E aí, como resolver tal conflito se não diferenciarmos o interesse público primário do secundário e não determinarmos o limite de administração que se impõe em prol do interesse público conforme posto no já referido art. 238 da LSA? É em situações como estas que o estabelecimento de limites ao interesse público ou ainda a "supremacia" do interesse público sobre o particular devem ser estabelecidos, assim como a diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário. Dessa forma, é possível perceber que o vínculo associativo existente entre o público e o privado nas sociedades de economia mista em muito se diferencia do vínculo associativo existente nas demais sociedades anônimas, em especial, e nas demais formas de sociedades empresárias, em geral.

É possível então afirmar, diante de tais argumentos, que os conflitos podem ser identificados em quatro escalas: (i) interesse da companhia vs. interesse dos acionistas minoritários; (ii) interesse da companhia vs. interesse da sociedade (público/coletividade); e (iii) interesse do ente público (controlador) vs. interesse dos acionistas minoritários e (iv) interesse da companhia vs. interesse do controlador. Em cada uma das situações previstas, a medida exata da aplicação do interesse público, como solução para o conflito posto, será tomada em verificação ao grau de

---

social da empresa, limitam os objetivos capitalistas dos sócios. Tendo em conta que a sociedade de economia mista tem a participação do Estado, como controlador, e é tida por privada, a análise da função social da empresa tende, em regra, ser mais comprometida com as metas traçadas pelo Estado do que, efetivamente, com o mercado em si. SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade Anônima: Interesse Público e Privado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* – RDM 127, 2002, pp. 7-20, especificamente, p.20.

comprometimento da companhia com os direitos fundamentais, quando estes, no caso concreto, colidirem, efetivamente, com o meta-interesse.

2.4 Interesse público e isonomia: elementos determinantes na tomada de decisões no interior da sociedade de economia mista que exerce atividade econômica em sentido estrito

O sistema de privatização, que respaldou a passagem de um modelo de Estado intervencionista para um Estado regulador, conforme mencionado, tinha como pressuposto melhorar a qualidade dos serviços públicos prEstados à sociedade, que ocorreria com o aumento dos investimentos a serem realizados pelos novos controladores e corroborava com a política neoliberal decorrente da implantação de medidas governamentais que objetivavam ampliar o âmbito da economia de mercado, pautada na liberdade de iniciativa e na livre concorrência, mas que, por outro lado, tinha a Constituição de 1988 como elemento impeditivo para o estabelecimento de um Estado realmente mínimo.[108] A Constituição, ao contrário de promover o afastamento do Estado da sociedade, promove uma interação entre Estado e sociedade civil, de tal sorte que, ao invés de ser intervencionista é dirigente, buscando pautar as atividades do Estado em normas programas que efetivamente adentram a seara privada de produção e prestação de serviços de ordem eminentemente econômica. Como exemplo disso pode ser citado o art. 174 da CF que posiciona o Estado como agente normativo e regulador da ordem econômica.

Com as privatizações, o setor privado passou a realizar determinadas atividades antes pertencentes ao domínio do Estado, sejam elas econômicas ou de prestação de serviços públicos. Setores como o das telecomunicações, dos transportes e o elétrico são exemplos de serviços que passaram a ser prEstados

[108] Milton Friedman defendia que privatizar era importante, mas sempre sob a regência da lei.

pela iniciativa privada através de concessões ou permissões, ressaltando a característica de serem ainda função/dever do Estado. Por outro lado, a participação do Estado em atividades econômicas em sentido estrito passou a ser limitada, podendo ocorrer somente quando do preenchimento dos requisitos estabelecidos constitucionalmente.

De acordo com o comando inscrito no art. 173 da Constituição brasileira[109], o Estado somente poderá exercer atividade econômica quando esta estiver relacionada a questões de segurança nacional ou for de relevante interesse coletivo. Tal exigência para a intervenção do Estado na economia consolida o pensamento liberal, mas não atenua a interferência do Estado. Ele deixa de ser o executor de determinadas atividades, mas, ao mesmo tempo, passa a regular o mercado através da implantação de agências reguladoras independentes e demais medidas assecuratórias, como, por exemplo, a repressão a concorrência desleal. Disso resulta que o Estado, mesmo na sua versão quase mínima (não intervencionista direto), não está apartado da sociedade e, mais que isto, ainda é responsável pela tutela de direitos fundamentais, que exigem também uma ação positiva do Estado, no sentido de concretizá-los, ainda que sob a realização do mínimo existencial.

Com as medidas advindas da implantação do novo modelo econômico, relevantes alterações no sistema jurídico foram realizadas, merecendo destaque a

[109] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.
§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.
§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.
§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.
§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

EC n.19, de 4 de junho de 1998. [110] Referida emenda alterou de maneira substantiva o já citado art. 173 da Constituição de 88, estabelecendo uma série de determinações as quais se sujeita o Estado quando desempenha o papel de empresário. O comando normativo do art. 173 da CF é dirigido às sociedades de economia mista, dentre outros entes, que exerçam atividade economica em sentido estrito. As sociedades de economia mista, que prestam serviço público, estão sob a égide do art. 175, de sorte que a elas não se aplica o art. 173 da CF.[111]

A diferenciação realizada pelas normas calcadas nos arts. 173 e 175 da Constituição, se por um lado ressaltam a não intervenção do Estado na economia, por outro, ressaltam o comprometimento do Estado com sua função primordial de prestar serviços públicos, mesmo quando estes são realizados pela iniciativa privada. Quer-se com isso dizer que, mesmo que o Estado não seja

[110] A sociedade de economia mista só pode ser criada após lei autorizadora, por exigência expressa da Constituição Federal (artigo 37), do Decreto-lei nº 200/67 e do artigo 236 da Lei das Sociedades por Ações. Anteriormente à Emenda Constitucional nº 19/98, havia dúvida se existia necessidade de lei para criar a sociedade economia mista ou se bastava apenas sua edição para autorizar a criação da entidade. Com o advento da referida emenda, de acordo com a nova redação do artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal, passou a ser exigida lei específica apenas para a criação de autarquia, mas não para a criação de sociedade de economia mista. Para essa última, a edição de lei continua sendo necessária apenas para autorizar a sua criação, e não para criá-la. Com a nova redação, passou a dispor o artigo 37, XIX, da Constituição Federal, *in verbis*: 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"; Para a extinção da sociedade de economia mista também é necessária a edição de lei. Nessa matéria incide o princípio do paralelismo das formas. Estranhamente, o artigo 178 do Decreto-lei nº 200/67 previa a possibilidade de extinção da sociedade de economia mista por ato administrativo do Poder Executivo. Contudo, o referido dispositivo foi considerado inconstitucional, pois atribuía ao Poder Executivo a possibilidade de revogar lei elaborada pelo Poder Legislativo, interferindo indevidamente na separação harmônica entre os Poderes. Com efeito, a Constituição, em sua redação original, atribuiu competência ao presidente da República para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal na forma da lei. Esse dispositivo constitucional foi levantado como argumento para defesa da vigência da norma do artigo 178, do Decreto-lei nº 200/67. Contudo, a Emenda Constitucional nº 32/2000 alterou sua redação, atribuindo ao presidente a competência para dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, mas quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Além disso, a Emenda nº 32 também alterou o artigo 61, §1º, "e", e passou a exigir lei de iniciativa do presidente para a criação e extinção de ministérios e órgãos da administração pública. Assim, se a exigência é feita para órgão, que se confunde com a administração direta, com maior razão a exigência legislativa se verifica para a sociedade de economia mista (quem pode o mais pode o menos). Nesse sentido a precisa lição de Maria Sylvia Z. Di Pietro, *in verbis*: "Se a exigência é feita para órgãos (que não têm personalidade jurídica própria), com muito mais razão se justifica em relação aos entes da administração indireta, que são pessoas jurídicas distintas da pessoa política que as instituiu". DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, p.385.

[111] Cf. Maria Sylvia Z. Di Pietro, *in verbis*: "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 nº 6.404/76); executa atividades econômicas, algumas delas próprias da iniciativa privada (com sujeição ao artigo 173 da Constituição) e outras assumidas pelo Estado como serviços públicos (com sujeição ao artigo 175 da Constituição)". DI PIETRO, Maria Sylvia Z., op. cit., p. 365. Destaca-se também que, para Toshio Mukai, "Empresa pública e sociedade de economia mista incluem-se entre as entidades da Administração indireta quando, por exceção, exercem serviços públicos. Ou quando desempenharem atividades que o Estado, num determinado momento histórico-político, resolva colocar entre suas metas fundamentais, considerando-as públicas." (MUKAI,Toshio, op. cit., p.147).

economicamente capaz de prestar serviços públicos diretamente à sociedade é de sua responsabilidade/dever buscar o melhor meio possível de suprir as necessidades básicas dos cidadãos.

Em relação as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito, especificamente, cabe ressaltar que, embora pertençam a adminstração pública indireta, a elas é atribuída a natureza jurídica de direito privado. Daí resulta que estão sob o jugo de um regime jurídico híbrido, ora incidindo predominantemente o direito adminstrativo, ora o privado. Isto é, não há um limite posto que determine realmente a sujeição de tais entes ao regime jurídico de direito público, ao contrário, a sua caracterísitica privada e as conseqüências dela decorrentes numa economia de livre mercado são acentuadas constitucionalmente, de modo a impossibilitar que a sociedade possa ser gerida essencialmente em prol dos interesses públicos que se confundem na pessoa do ente controlador.

O Estado, ao se valer de seu poder de controle, muitas vezes convertido no poder gerencial e admisntrativo da companhia, ao visar a implementação de políticas públicas não pode impor ao capital privado seus interesses sem que haja a devida compensação. Isto é, se para realizar metas que primam pelo desenvolvimento regional e que acarretem prejuízos ou desequilíbrios financeiros à comapnhia, este deve, no mínimo, subsidiar o dano causado à parcela de empreendedores minoritários. A propriedade privada, mesmo representada na forma de ações, e ainda que preferenciais, não descaracteriza sua natureza de propriedade e, como tal, tutelada constitucionalmente como direito fundamental, o qual deve ser respeitado também no ambiente societário.

A ordem econômica tem como fundamento a defesa da propriedade privada e, em termos empresariais, a propriedade privada se reveste na forma de propriedade de ações, que dá ao seu detentor a espectativa de receber dividendos de acordo com a lucro que a companhia seja capaz de gerar. Observa-se, no entanto, que não se está a defender a maximização de lucros de forma arbitrária, apenas se defende que o lucro é o objetivo das sociedades que exploram atividades econômicas, de sorte que o Estado não pode transformar uma sociedade de economia mista que exerce atividade econômica em sentido estrito em uma

entidade sem fins lucrativos, isso é incompatível com a própria natureza da comapanhia. Cabe ainda ressaltar que, mesmo as sociedades sem fim lucrativos buscam o lucro como meio e não como fim, e o que as diferencia, em regra, é a forma como o lucro auferido vai ser distribuído, ou no caso em tela, reaplicado na propria instituição sem fins lucrativos. O Estado, quando assume a posição de empresário, representando a parcela do capital público que forma a sociedade de economia mista, não transmite ao ente empresarial seu interesse público. A sociedade de economia mista continua a ter um fim lucrativo, tal qual como qualquer sociedade anônima. Público é apenas o sujeito que detém a parcela do capital da companhia; o que não implica dizer que é no interesse do ente público que a companhia deve ser gerida. O interesse público é meramente indicativo para a análise de tomada de decisões do controlador, o que não se confunde, obviamente, com o interesse da companhia, que há de ser um meta-interesse: nem público e nem privado, mas o interesse da própria companhia. Já está mais do que na hora de abrirmos os olhos para a fraude societária que institui um ente híbrido e esquizofrênico, utilizado como elemento político de governança paraestatal dos meios de produção pelo próprio Estado que se diz guiado pela iniciativa privada e livre concorrência.[112] Como pode haver iniciativa privada e livre concorrência se o Estado, em grande parte das negociações realizadas nas bolsas está presente. Seja na forma de sociedade de economia mista, seja na forma de fundo de pensão ou até mesmo por formar o poder de controle que governa efetivamente a companhia através de acordo de acionistas.

O texto constituiconal é claro no que diz respeito à aplicação do direito privado às sociedades que exercem atividade econômica em sentido estrito: “quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. Já as prestadoras de serviços públicos não são alcançadas por tais determinações.[113]

---

[112] Nesse sentido: “fica claro que a norma por si só, divorciada da realidade, não pode reproduzir direito. [...] A personificação privada operada pelo legislador, quando se tratar de uma empresa pública (prestadora de serviço público) é ilegítima e inócua no mundo jurídico; em decorrência, trata-se de uma simulação jurídica o que o legislador comete.” [...] Ou ainda, “Assim, a personificação privada de serviço próprio e contratual ao Estado não tem valor jurídico, porque atenta contra a realidade e a natureza das coisas. Trata-se de uma simulação jurídica.” [...]. Concluindo que, “Por fim, calha observar que inexiste (no direito comercial) um conceito unitário de empresa, e ‘cabe à teoria do direito o conceito, *in genere*, da figura júris empresa pública’”. (MUKAI, Toshio, op. cit, p. 24)

[113] A redação antiga do §1º do art. 173 determinava apenas que, “A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

Ressalta-se, com isso, que a aplicação da lei 6404/76 deve ser aplicada sem prejuízo, desconsiderando ser a sociedade ente da administração indireta. As ressalvas a serem feitas em relação ao fato de serem entes da adminstração pública, portanto sujeitas ao direito administrativo, já foram devidamente assentadas na Constituição, como, por exemplo, realização de concurso público, embora os empregados se sujeitem as leis trabalhistas. A aplicação do comando normativo inscrito no art. 173, especialmente o §1º, não é de tão fácil aplicação. É preciso lembrar que as normas constitucionais devem ser consideradas no sistema de forma a não comprometer a unicidade do sistema jurídico. Disso decorre que o comando normativo de aplicação do regime jurídico de direito privado às estatais não podem ser tomadas de forma isolada[114].

A exemplo da sociedade de economia mista, é importante salientar, uma vez mais, que é sociedade que aglutina capital público e privado. A parcela pública do capital advém do Estado. Embora com personalidade jurídica de direito privado, as sociedades de economia mista fazem parte da administração pública indireta. Decorre daí que, a elas, se aplica um regime híbrido. No entanto, quando o Estado intervem na ordem economica através de uma sociedade de economia mista ele não está exercendo função administrativa, mas, sim, função tipicamente privada e, portanto, em regime de livre concorrência, de tal sorte que, neste caso, aplicam-se

114 Não obstante, a CF não pode ser examinada isoladamente, destacando-se, por exemplo, apenas um de seus dispositivos (art. 173, § 1º) do todo, pois a Constituição ao dispor a ordenação normativa suprema da nação estabelece um liame - vínculo dessa ordenação normativa - outorgando-lhe unidade e conteúdo sistemático, no sentido de que para aplicação de determinado postulado do mesmo texto constitucional há que se observar, sendo certo que o princípio de unidade da ordem jurídica aplica-se à própria Constituição, uma vez que esta “não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irredutível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.182 e SS.

as regras de direito privado.[115] O Estado só não se sujeita a elas quando a própria Constituição expressamente derrogar tais normas de direito privado.[116]

No entanto, antriormente foi mencionado que essa regra imposta pelo ordenamento jurídico não se coaduna com a realidade e tampouco representa efetivmente o verdadeiro caminho a ser seguido plo Estado investidor. Há de haver uma simetria no tratamento. Há atualmente outros meios através dos quais o Estado pode atuar sem que necessariamente seja equiparado ou considerado um mega investidor. Se este é o papel que o Estado passa a desempenhar, há que se ter em mente que ele deverá receber o mesmo tratamento atribuído a qualquer outro investidor. A falsa idéia de fiscalização das contas públicas não pode mais servir de cercemanto para a equiparação real do Estado (ente público qualquer) investidor, ainda mais quando o mesmo ocupa posição de destaque na tomada de decisões.

Cuidado há que se ter quando se busca equiparar o Estado investidor, meramente atuante no mercado de capitais, e o Estado explorador efetivo da atividade econômica em sentido estrito. Tal atenção por parte dos operadores do direito em relação a situação mencionada há de ser tomada em consideração. Até porque os meios de atuar são consideravelmente diversos. O atuar do Estado, via sociedade de economia mista ainda requer atenção maior, pelos próprios ditames consitucionais e que, por ora, parecem um tanto quanto ultrapassados em sua compreensão. Isto é, uma nova interpretação, mais adequada ao momento de desenvolvimento social deve sobressair em razão dos pensamentos vestustos que ainda rondam o conservadorismo no identificar de um Estado livre para investir e empresariar atividades.

É preciso recordar ainda que, essa forma societária requer o preenchimento de certos requisitos para efeito de ter autorizada a sua criação, ou seja, deverá estar

---

[115] Em sentido contrário, a respeito da natureza jurídica da sociedade de economia mista, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que: “O traço nuclear das empresas estatais, isto é, das empresas públicas e sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo insculpido em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certeiro norte para intelecção destas pessoas. Conseqüentemente, aí está o critério retor para interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente aplicáveis, pena de converter-se o acidental suas personalidades de direito privado em essencial, e o essencial seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado em acidental”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 172.

[116] Nesse sentido, conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Z., op. cit., p. 60. Também em outros artigos da Constituição Federal se encontram disposições referentes à sociedade de economia mista, especialmente normas derrogatórias do regime de direito privado, tais como o artigo 37 e o artigo 165.

relacionada a questões de “segurança nacional” ou ser de “relevante interesse coletivo” o exercício de determinada atividade por parte do Estado. O preenchimento desses requisitos ressalta a excepcionalidade pela qual o Estado intervém na ordem econômica, reconhecendo amplamente a livre iniciativa, a livre concorrência e o direito de propriedade como direitos fundamentais e o dever de obediência ao princípio da subsidiariedade, de sorte que a Constituição seja interpretada na sua integralidade. Dito de outra forma: o direito econômico, posto na Constituição, não deve ser interpretado separadamente do restante das normas, de tal maneira que a aplicação dos princípios e direitos fundamentais que decorrem da “ordem econômica” devem ser compatibilizados, ponderados e relativizados com os demais princípios que se espalham pela Constituição. Dessa maneira, o “interesse público” não é princípio a balizar as relações da Administração Pública com os particulares. O interesse público é também encontrado na tutela dos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a liberdade de empresa e a livre concorrência.[117] O Estado, ao afirmar a supremacia de seu interesse no comando da companhia, sufocando o interesse dos demais acionistas, principalmente os que representam a parcela eminentemente privada do capital, está a descumprir norma constitucional. De acordo com o art.170 da Constituição, a ordem econômica rege-se pelos princípios, dentre outros, da propriedade privada e da livre concorrência.[118]

---

[117] Nesse sentido, cabe observar que, “No Estado Democrático de Direito, a base do Direito Administrativo só pode ser o Direito Constitucional. O Direito Administrativo é o ‘Direito Constitucional concretizado’. O Direito Constitucional estabelece os parâmetros do Direito Administrativo. É incorreto aceitar acriticamente conceitos e princípios pré-constitucionais só por estarem consolidados na doutrina administrativista, como salienta Antonio Reigada. A Constituição obriga a reformulação, mesmo que parcial, de todas as categorias do Direito Administrativo”. Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo, Malheiros, 2005, p.59. Cabe ressaltar que o autor está a destacar o pensamento de Antonio Troncoso Reigada, in: *dogmática administrativa y derecho constitucional*. Sobre tema, ver também, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[118] No entanto, “poder-se-ia contraditar-nos com o argumento de que o direito privado também pode servir para reger as atividades do Estado, porque também ele é direito (e mais sedimentado cientificamente). Contudo, sabe-se que o seu princípio básico é – ainda – o da autonomia da vontade, e o administrador público, pela própria natureza de sua missão, jamais pode atuar com a autonomia da vontade na gestão da coisa pública. Daí a série de princípios de outra natureza (publicísticos) que domina aquela atuação. O Estado é o repositório dos interesses maiores da coletividade e somente pode ser administrado para atingir fins pessoais.” [...] “‘todo direito privado é uma potência de fins egoísticos que tende ao absolutismo’, no dizer abalizado de Ripert.” [...] E ainda, “o administrativista não encontraria, no direito privado, uma doutrina elaborada e sedimentada que pudesse aproveitar. Ademais, é de considerar que raramente as construções do direito privado se coadunam com as peculiaridades do direito público.” [...] ‘não é legítimo transpor para o ato administrativo a noção privatística da vontade, que se baseia ainda na teoria da autonomia da vontade, a qual não tem correspondência no direito público.’” [...] “Portanto, “o direito cria o ato administrativo enquanto que a vontade é a que cria o ato jurídico privado.” (MUKAI,Toshio, op.cit, p. 317)

Aplicar as determinações do art.173 da CF nas sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito é tarefa que exige grande esforço do intérprete. Essa dificuldade na aplicação dos preceitos constitucionais é decorrente de comandos que possuem um alto grau de indeterminação, reiteradamente mencionada, a dizer: “segurança nacional” e “interesse coletivo”. Importa destacar, para efeitos deste trabalho, o que se entende por interesse coletivo e qual o limite de incidência deste interesse na solução de casos concretos nos quais se verifica o conflito de interesses que tem de um lado o interesse do controlador, que representa o interesse da coletividade, espécie do gênero interesse público e, de outro lado, o interesse dos acionistas minoritários, representando o interesse privado.

Mas afinal o que é interesse coletivo? Em que sentido a Constituição se utiliza deste conceito indeterminado e qual a sua efetiva função em relação às sociedades de economia mista? Partindo-se da premissa de é requisito para a autorização da constituição de uma sociedade de economia mista e que não há exigência de sua manutenção após a criação da sociedade, entendemos que o interesse público, na verdade é interesse que se extingue com a criação da sociedade. Após o início de suas atividades, a sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado que é, deve ser regida por normas próprias, de direito privado (leia, p.ex., LSA) e pelo seu próprio estatuto. A partir do momento em que o Estado ingressa, mesmo que na posição de acionista controlador, no livre mercado, está ele ciente de que, embora se utilize de tal ente como auxiliar da administração pública direta, está exercendo um papel de empresário, devendo se submeter às regras impostas pelo mercado assim como os demais entes privados, somente deixando de assim ser quando a própria constituição faça determinação expressa derrogando as normas de direito privado as quais o Estado não se sujeita.

O Estado controlador não pode se utilizar da sociedade de economia mista para exercer sua função administrativa. A exigência do art. 173 apenas determina a necessidade de que o Estado justifique e fundamente a sua intervenção na seara econômica para que não atue desmedidamente e desnecessariamente em setor resguardado à iniciativa privada. Quando o Estado atua na seara econômica ele se comporta como qualquer outro ente concorrente e não está autorizado a

desconfigurar os propósitos constitucionais que resguardam a liberdade assegurada em um sistema de livre mercado, mesmo que sua intenção (interesse) seja a de reduzir desigualdades sociais. Isto não significa que o Estado não se vincule aos objetivos estabelecidos no art. 3º da CF, ao contrário, apenas serve para assegurar que o Estado não se utilize de um ditame a ser alcançado para promover justamente o contrário, o aumento das desigualdades, uma vez que é sabido que, em regra, as estatais são utilizadas para manobras mais de caráter pessoal e político que efetivamente para o desenvolvimento pleno de satisfações públicas; esta no sentido de melhorar a vida dos cidadãos.

O interesse público, tal qual estabelece a lei, portanto, se extingue na lei que autoriza a criação da sociedade de economia mista que exerce atividade econômica em sentido estrito. Após este momento, os interesses devem ser conjugados e ponderados no caso concreto. O interesse que deve reger os comandos da sociedade de economia mista que explore atividade econômica em sentido estrito é um meta-interesse; nem público, nem privado, mas interesse mesmo da companhia, previamente estabelecido no seu estatuto social. Tal posicionamento deriva do fato de que ainda não há lei que regule especificamente ou um estatuto geral para as empresas públicas que atuem na seara econômica. Enquanto existir esse vácuo legislativo e estatutário, as sociedades de economia mista que exercem atividade econômica em sentido estrito serão reguladas pelo direito privado, mais especificamente pela lei das sociedades anônimas. Dessa forma, não pode o Estado, com base em um interesse público secundário (interesse do erário) acarretar prejuízos aos acionistas minoritários.

Cabe ressaltar, ainda, a diferenciação feita pela doutrina italiana que compreende o interesse público em duas dimensões: (i) como interesse público primário e, (ii) como interesse público secundário.

O interesse público secundário é interesse do erário e jamais pode ser ponderado com o interesse privado dos acionistas minoritários. Já o interesse público primário, segundo Luís Roberto Barroso, não é passível de ponderação, mas é o parâmetro da própria ponderação. De acordo com este autor, “o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta

a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover"[119]. No entanto, a defesa da supremacia do interesse público quando da tomada de decisões no interior de uma sociedade de economia mista que exerce atividade econômica em sentido estrito resta prejudicada quando, no caso concreto, há a identificação, de um lado, de um direito fundamental de propriedade e, de outro lado, por exemplo, o interesse público revestido na forma de redistribuição de riquezas que ocorrerá em face da mitigação de interesses dos trabalhadores que possuem direito de participação nos lucros (direito fundamental conforme o art. 7º, XI da Constituição brasileira). Não se pode olvidar que tal participação é a "recompensa" do trabalho aplicado face ao capital produzido. Daí a defender que a tomada de decisão se dá em prol do interesse público é um tanto quanto evasivo, pois se o interesse público é o parâmetro para a ponderação, como deverá ser considerado o interesse do ente estatal senão interesse público? E mais, a proteção dos direitos fundamentais, a exemplo da participação nos lucros, também é interesse público. Em outro exemplo, podemos ainda considerar que, de um lado, o interesse do Estado em manter o preço da gasolina abaixo de valores que assegurem um mínimo aceitável de lucratividade e, de outro lado, o interesse dos acionistas minoritários em auferir a maior margem de lucratividade possível, os interesses devem ser ponderados. Se o interesse do Estado se justifica em relação ao fato de que o aumento da gasolina iria impulsionar o processo inflacionário, desestabilizando a economia, obviamente que a margem de lucro deve ser reduzida, mas não ao patamar mínimo e nem tampouco a ponto de causar prejuízo à companhia. Em qualquer destas situações, em contrapartida, o Estado deverá subsidiar a diferença. É nesse sentido que o interesse público deve prevalecer: estabelecer um preço aceitável, não comprometendo a estabilidade econômica do país, mas, ao mesmo tempo, também não romper com a confiança dos acionistas depositada na parceria que possibilitou a criação da companhia. A comunhão de interesses exige que haja por parte do Estado um compromisso para com o mercado acionário, que, em certa medida, também contribui para a estabilidade econômica do país, atraindo investimentos em diversos setores, inclusive investimentos

[119] BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados:* Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, prefácio, p. vii-xviii, especificamente, p. xvi.

estrangeiros. No conflito apresentado, tem-se que a propriedade das ações resguarda o acionista minoritário dos atos arbitrários do Estado, de tal maneira que a propriedade acionária deve ser considerada um direito fundamental do acionista. Mesmo no caso de serem ações preferenciais e sem direito a voto, aos acionistas minoritários deve ser tutelado o direito à remuneração pelo capital aplicado nos meios de produção e de circulação de bens e serviços. Disso resulta que, não é o voto que se considera direito fundamental, mas sim o recebimento esperado pelo capital aplicado.

A colisão entre interesse público e interesse privado, considerando o micro-sistema das sociedades de economia mista que exerçam atividade econômica em sentido estrito, deve ser previamente solucionada em estatuto próprio, do contrário, toda vez que ocorrer a imposição da vontade do ente estatal controlador da companhia em prejuízo dos demais interesses dos sócios minoritários e da própria companhia, o caso deverá ser analisado sob a ótica primeira do direito privado e somente em casos excepcionais é que o interesse do controlador deverá prevalecer. Lembrando que, mesmo prevalecendo o interesse do Estado, todo e qualquer prejuízo que dele advenha deve ser justamente ressarcido aos demais acionistas. A parcela representativa do capital privado não está obrigada a suportar o peso das conseqüências que dizem respeito à administração pública. Vale lembrar que, no contexto atual brasileiro, os fundos de pensão possuem parcela considerável de investimentos na Bolsa. Dessa maneira, nem todo acionista minoritário está voltado para interesses egoístas e privatísticos que se associam ao capitalismo selvagem, de tal maneira que a regra a ser imposta em relação à solução dos conflitos que surgem no interior da sociedade de economia mista que exerce atividade econômica em sentido estrito não pode ser discriminadora, isto é, deve dar tratamento igual a todos os acionistas, sejam eles meros especuladores ou os que possuem um motivo mais nobre, como os fundos de pensão. E mais, o Estado, por vezes, também se comporta como um mero investidor minoritário e, nesse caso, seu interesse é o mesmo que de qualquer outro acionista privado: receber dividendos, por exemplo. O interesse público, portanto, não está dissociado do lucro de maneira a torná-lo inexistente para a administração pública, representa, outrossim, mais uma forma de obtenção de renda para o custeio de outras despesas, que podem ser identificadas

como as despendidas em saúde e educação e até mesmo com o funcionalismo público, por exemplo. Além disso, deve ser ressaltado que o interesse público pressupõe a salvaguarda dos direitos fundamentais, de tal sorte que nenhum outro interesse público há de ser maior que este: a proteção dos direitos fundamentais, merecendo destaque a Liberdade e a Igualdade.

3. DO INTERESSE PÚBLICO AOS VÍNCULOS ASSOCIATIVOS

3.1 Do interesse público a prestação de serviço: a subsidiariedade como elemento limitador da exploração da atividade por parte do Estado.

O grande impasse que pode ser percebido em relação à atividade exercida pelo Estado é o que decorre do conceito mesmo de serviço público. Conforme observa Marçal Justem Filho[120], o conceito de serviço público não pode ser tomado como um conceito único e imutável. E mais que isso, de acordo com ele, o serviço público não pode ser igualado em diferentes Estados. O que se compreende por serviço público na França e nos Estados Unidos, por exemplo, não guarda qualquer similaridade com o que se entende por serviço público no Brasil. Segundo Marçal, com o tempo, cada atividade econômica que se ligue a essencialidade do serviço prestado, a fim de garantir uma vida digna aos cidadãos e que tenha uma ligação direta com os direitos fundamentais deverá ser considerada serviço público. Para ele, o que caracteriza o serviço, na verdade, não é se ele é ou não prestado pelo Estado, mas, sim, se está atrelado às condições mínimas exigidas constitucionalmente para o desenvolvimento das pessoas em situação de igualdade de acesso a serviços essenciais que digam respeito à implementação da dignidade humana. Em outras palavras, para Marçal, o serviço público, tanto pode ser prestado pelo Estado quanto pela iniciativa privada, de tal sorte que o limite historicamente posto de que é serviço público a atividade prestada pelo Estado não comparta mais essa limitação, podendo, para o autor, ser ele também exercido livremente pela iniciativa privada. O que não pode ocorrer é o Estado se eximir de prestar tal serviço.

Ressalta-se, entretanto, que o fato de ser o serviço público prestado pela iniciativa privada não afasta a obrigatoriedade de ser prestado via permissão ou concessão. Ao contrário, quando Marçal defende a tese de que serviços públicos

[120] JUSTEM FILHO, Marçal, op. cit.

podem ser exercidos pela iniciativa privada, ele está a se referir ao modelo americano das *public utilities* e também os serviços de interesse geral, utilizado nos termos da União Européia. Ou seja, é a exploração de atividade que não está sob o jugo do direito público, mas, sim, inteiramente sob o domínio do direito privado. Talvez aqui, neste ponto, a participação do terceiro setor, como elemento participante da realização de direitos fundamentais através da realização de serviços considerados públicos possa ser discutido de forma mais apropriada, restando, por ora, apenas um brevíssimo comentário em relação à possibilidade.

O parâmetro, então, para a exploração de atividade econômica por parte do Estado está diretamente relacionado ao tipo de atividade que este irá explorar.[121] Se for ela considerada serviço publico, caberá ao Estado prestá-la. Se for atividade econômica em sentido estrito, o Estado somente poderá exercê-la se for devidamente autorizado. O limite para a atuação direta do Estado no domínio econômico está diretamente atrelado ao princípio da livre iniciativa e respaldado pelo princípio da subsidiariedade. Por isso, a presença do Estado em setores econômicos que não comportam a incidência de regras atribuídas aos setores que recepcionam a definição de serviço público afronta a regra de que a presença do Estado em setores eminentemente de atividade econômica em sentido estrito tem como limite o próprio princípio da subsidiariedade.

O princípio da subsidiariedade tem a função de equilibrar a liberdade de atuação do Estado, mas também comporta as funções de ajuda e de suplência. A primeira indica a criação de condições necessárias que possibilitem a ação das comunidades intermediárias. A segunda indica que o Estado deve suprir, ele mesmo, as insuficiências dos grupos sociais, quando estes forem incapazes de realizar suas funções.[122] Diante disso, o princípio da subsidiariedade tem papel fundamental no controle do exercício de atividades econômicas em sentido estrito pelo Estado. É ele o parâmetro que assegura a não intervenção do Estado na

[121] "[...] a doutrina tradicional não consegue mais, com o arsenal jurídico de que dispõe, herdado do positivismo jurídico, discernir quando é que o Estado está gerindo um serviço público econômico ou uma atividade econômica, porque em ambas as hipóteses há atividade econômica e em ambas as hipóteses há um interesse público na gestão (porque o Estado não pode lançar-se arbitrariamente em explorações de atividades econômicas, sem que exista um interesse público para tal, ainda que seja este relacionado com sua política econômica)." (MUKAI, Toshio, op.cit, p. 205)

[122] Cf. Silvia Torres, Op. cit., p.19.

economia de forma direta, como ente explorador de atividade econômica em sentido estrito.[123] Daí a importância de ser devidamente respeitado nas relações econômicas, nas quais o Estado atua como empresário, para que não se configure em desacato aos comandos constitucionais que estabelecem uma economia de livre mercado e de livre concorrência. Resguardar à iniciativa privada a exploração de atividades econômicas é a função maior do princípio quando este está inserido em um Estado Democrático de Direito.[124]

No âmbito político-estatal, a subsidiariedade atua para além da justificação do Estado e da atribuição de sua competência, incidindo na regulação do exercício da competência estatal.[125] Como princípio fundamental da ordem jurídica permite a

[123] De acordo com Luís Roberto Barroso, "sendo o princípio maior o da livre iniciativa, somente em hipóteses restritas e constitucionalmente previstas poderá o Estado atuar diretamente, como empresário, no domínio econômico. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. REDAE, n.1, fev./abr., 2005, p.7.

[124] Defendendo posição contrária, Claudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça concluem que: "o princípio da subsidiariedade econômica não possui *status* constitucional, pois a Constituição da República, tanto em sua redação originária como em seu texto atual, prevê amplas possibilidades de intervenção do Estado na esfera econômica. Se não são inconstitucionais as doutrinas que o sustentam, tampouco merecem reprovação aquelas que o criticam. O lugar do princípio da subsidiariedade é a política ordinária, não a constitucional. O princípio pode ser utilizado para que seus defensores conquistem a adesão das maiorias. Mas estas, em uma república democrática, não podem ter sua margem de deliberação limitada por ele". SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e MENDONÇA, José Vicente de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 709-741, especificamente p.741.

[125] Sobre o tema, "[...] o Estado 'conclui' ser mais racional criar empresas, à semelhança do particular, para obter seus dois desideratos, que até então lhe parecia ser impossível: a deficiência na execução dos serviços públicos e o controle do ente responsável por tal execução. Assim é que, por obra da fase intervencionista do Estado, quando já os serviços públicos industriais ou comerciais entram em cogitação, surgem as denominadas sociedade de economia mista; o Estado, para obter o controle da atividade, imagina ser-lhe conveniente aliar-se ao capital privado. Verifica-se, no entanto, desde logo, a inadequabilidade dessa técnica, pela contradição natural que se cria no seio da empresa: a briga permanente entre a finalidade de lucro e o interesse público. Em conseqüência, teriam advento as modernas empresas públicas, porque o Estado logo percebeu que poderia melhor alcançar aqueles dois objetivos se fosse o único detentor do capital social da empresa." [...] "E para nos referirmos ao conjunto das empresas públicas e sociedades de economia mista, dentro da administração indireta, empregaremos a expressão empresa pública, em sentido lato; para conotar aquelas que sejam exploradoras de atividades econômicas, empregaremos a expressão 'empresas estatais', lato sensu. Portanto, para nós, 'empresa pública' e 'empresa estatal' não são expressões sinônimas. A primeira nos indica aquelas empresas criadas pelo Estado para gerir serviços públicos comerciais e industriais. A segunda faz referência àquelas que explorem atividades econômicas próprias dos particulares." [...] "outros princípios novos do Estado Social de Direito passam a informar a sua atuação, tais como o da livre-iniciativa,o da subsidiariedade, o da igualdade econômica, que alteram em boa medida o direito que rege aquela atuação em relação à anterior prestacional de serviços públicos. Daí ser o direito administrativo que rege as empresas estatais um direito especial, mais especificamente, compondo, talvez, nessa denominação em sentido amplo, uma parte dela, o direito administrativo econômico. Este direito administrativo, sim, acrescenta-se às normas de direito privado. Isto é, as relações da empresa com o Estado, bem como tudo o que diz respeito à criação, extinção, competências, atribuições, etc. estão regidas pelo direito público, enquanto que as demais relações da empresa, de pessoal, e com os usuários e fornecedores, estão regidas pelo direito privado. Estas normas de direito privado se impõem aqui, em face do princípio da igualdade econômica, postulado e inspirado no princípio geral da igualdade e todos perante a lei" .[...] "O Estado moderno [...] se ajusta mal com a figura de um empresário econômico, que é colocado em competição com os empresários privados, diretamente ou mediante sujeitos criados por ele. Ademais, há que se ter presente a possibilidade, às vezes verdadeira necessidade de dissociar a natureza do

persecução do interesse público não só pelo Estado como também pelos indivíduos e demais atores sociais, como, por exemplo, pelas empresas. Além disso, a subsidiariedade retira do Estado o monopólio da realização do interesse público e leva à concretização do princípio da participação, decorrente da idéia de democracia. Por isso, defender a existência do princípio da subsidiariedade no âmbito da Constituição significa defender a tese de que também a iniciativa privada está obrigada a realização do interesse público, de tal sorte que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência deverão ser interpretados de acordo com o contexto histórico no qual estão inseridos. Ressaltando, uma vez mais, que a noção de subsidiariedade comporta um duplo sentido: (i) ajuda e (ii) suplência.[126]

É com a participação do Estado na prestação de serviços que a necessidade de uma accontability[127] eficiente se apresenta. Entender a responsabilidade do Estado para além do simples prestar já remete o Estado a uma responsividade inerente aos dias de hoje, ainda mais quando o limite do seu atuar se encontra esfumado, feito sombra mal alocada de recursos. A prestação de contas por parte

---

ente da própria atividade por ele realizada, ou seja, a impossibilidade de considerar atos administrativos os produzidos por entes públicos com uma finalidade econômica, ainda que seja meramente instrumental". [...] "Em suma, a análise econômica e jurídica do processo da economia mista conduz à conclusão de que esse processo não tem o mérito nem o realce que conheceu nem o descrédito que experimentou. Se se trata de um serviço público, pode encontrar sua razão de ser na vontade de respeitar os direitos adquiridos pelo capital, o que é o caso da S.N.C.F., mas isso não lhe dá senão uma fachada de direito privado para o exercício de uma atividade que está ligada ao direito público nos pontos essenciais. Se se trata de uma atividade econômica que o Estado entende manter no quadro do direito comum, encorajando essa manutenção de todas as maneiras, o processo da economia mista é sem dúvida o meio o mais racional para conceder subvenções, mas é necessário então que ele não faça comportar a instituição de um regime jurídico cujo efeito seria o de aniquilar a iniciativa dos particulares." [...] "não estão em condições de ser exercidas naturalmente pela iniciativa privada, ou por razões econômicas (desinteresse), ou pela própria natureza das coisas, ou por razões jurídicas (para distribuir água ou eletricidade, necessita-se de expropriações e utilização de ruas de servidões públicas). Enfim, são serviços essenciais para a coletividade e que, por isso mesmo, o interesse público exige que sejam desenvolvidos continuamente, mesmo em regime deficitário, e/ou com o exercício de prerrogativas de poder público." (MUKAI, Toshio, op. cit., p. 164-165).

[126] Dito de outra forma: "A subsidiariedade também comporta um duplo sentido de exigência: (i) negativo e (ii) positivo. No aspecto negativo, a autoridade, em geral, e o Estado, em particular, não devem impedir a autonomia das pessoas e dos grupos sociais, é estabelecido um limite à ação do poder público. No sentido positivo, cada autoridade terá por missão incitar, sustentar, suprimir e finalmente socorrer, quando necessário, os atores insuficientes. Cumpre esclarecer que as noções de subsidiário e de socorro são, em tese, contraditórias. 'A primeira reclama o respeito às liberdades tanto quanto possível, e invoca o dever de não ingerência da autoridade. A segunda, ao inverso, supõe a ingerência da autoridade com intuito de garantir certa unidade social e de ajudar a organização dos laços solidários. A primeira reivindica a diversidade como essência e norma. A segunda, uma comunhão vista como projeto. A primeira se nutre de justiça distributiva, a segunda de justiça social. O principio da subsidiariedade reúne, portanto, tais antíteses, as afirmando conjuntamente'. É o lugar de um paradoxo. Essa ambigüidade é o sentido do seu próprio conceito". Cf. TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro de. *O princípio da subsidiariedade*: as origens e algumas manifestações. Disponível em: <http://gi.fd.ul.pt/biblioteca/revista_fdl/XLVI-1-P.%20169%20a%20214.pdf>. Acesso em 16 de abril de 2008.

[127] Não se trata, portanto, apenas de prestar contas em termos quantitativos mas de auto-avaliar a obra feita, de dar a conhecer o que se conseguiu e de justificar aquilo em que se falhou. A obrigação de prestar contas, neste sentido amplo, é tanto maior quanto a função é pública, ou seja, quando se trata do desempenho de cargos pagos pelo dinheiro dos contribuintes.

do Estado se torna ainda mais complicada nas sociedades de economia mista porque não podemos deixar de mencionar a parcela privada que a compõe. Diante disso, dependendo da situação real, a prestação de contas pode ser recepcionada, por exemplo, como transmissão de informação privilegiada, acarretando penalidades ao transmissor direto da informação. Referida situação pode ser facilmente enquadrada nos atos tipificados de *insider trading,* acarretando uma dupla qualificação e um duplo sentido na seara da informação: em relação ao que passa e em relação ao que recebe e aos demais participantes. Essa é só mais uma questão de conflito de interesses na sociedade de economia mista, abordada de forma mais específica adiante. Há também a questão da responsividade[128] sob o aspecto da administração pública mesmo, elemento, aliás, que merece ser cada vez mais ressaltado no meio acadêmico como instrumento que favorece a população no sentido de que a prestação de contas se conecta como um direito fundamental do cidadão brasileiro e não uma prerrogativa a ser realizada pelo Estado – em sentido lato – quando lhe for conveniente. Pois, nem mesmo os Tribunais de Contas estão isentos de uma auditoria paralela.

3.2 Direito societário e vinculo social

O direito societário ao longo dos tempos vem sofrendo significativas alterações de conteúdo prático e teórico. Entretanto, alguns paradigmas ainda gravitam em torno da construção mesma da natureza jurídica das instituições, as quais, regra geral, se costuma denominar, numa linguagem não técnica, de “empresas”.

A maior dificuldade encontrada diz respeito à definição da vontade social, do ente societário propriamente dito e de sua autonomia frente à vontade dos seus sócios. Não é pacificada a idéia de que o ente há de ter vontade própria, isenta da vontade da maioria. Isto é, da vontade daqueles que representam, dependendo do tipo societário, o poder de controle frente aos demais participantes do capital social.

[128] Sobre o tema, conferir: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

A situação tende a se agravar quando esta maioria é representada pela União, por exemplo, nos casos das sociedades de economia mista.

Compreender o direito societário, limitando a discussão no plano da formação da vontade social, ou seja, da sociedade empresária (empresa), justifica-se face à nova característica que se extrai atualmente das sociedades. Vale dizer, cada vez mais, novos atores passam a integrar o que se denomina de empresa e requerer-se, com isso, uma atualização do papel de cada um e o vinculo efetivo que possuem diante de tal ente. Como exemplos, podem ser citados a participação dos trabalhadores na tomada de decisões e a participação dos consumidores como delimitadores das políticas empresariais. Outro ponto que deve ser fortemente avaliado quando da discussão que envolve os atores que se ligam à empresa é o que diz respeito ao marketing de mercado[129].

De acordo com o texto de Luca Enriques[130], cabe observar que o autor dá início a sua exposição questionando que coisa é o direito societário? Diante de tal questionamento, e de maneira sucinta, o autor defende que não é apenas o estudo das formas societárias, mas, sim, o estudo das relações jurídicas decorrentes dos diversos atores que interagem com a sociedade (empresa). Observa também que essas relações são, em regra, traduzidas por questões conflituosoas, nas quais se inserem interesses diversos. Para o autor, o conflito de interesses pode ser verificado em três esferas: (i) entre administradores e acionistas; (ii) entre as classes de acionistas; e (iii) entre os acionistas e demais participantes da sociedade, como os trabalhadores e os credores.[131]

Segundo o autor, em qualquer forma de empresa há o surgimento de conflito entre (i) proprietários; (ii) administradores, e (iii) terceiros, com os quais a empresa estabelece relação contratual. Além disso, o autor também busca reiteradamente ressaltar a diferença existente entre a sociedade de capital e a sociedade de pessoas. Para ele, nas sociedades de pessoas as questões de conflito não recebem

[129] Sobre o tema, cabe mencionar a importância do uso de novas tecnologias à favor do desenvolvimento do interesse público pelas sociedades como um todo e, especificamente, aquelas de interesse público pelo fato de prestarem serviços essenciais.Por exemplo, a utilização do *twiter* na colocação da informação no momento que houve o apagão em grande parte dos Estados brasileiros em decorrência de um problema na hidrelétrica de Itaipu.
[130] Cap.1: Che cos`é il dirrito societario? In: ENRIQUES, Luca. Dirrito societario comparato. Bologna: Il Mulino, 2006.
[131] Ibidem, p.8-9

o mesmo tratamento dispensado às sociedades de capital. Vários são os argumentos que justificam a incidência de um tratamento diferenciado, inclusive o dispensado em lei. Dentre as várias características, o autor destaca que cinco são comumente encontradas e que são fundamentais para a continuidade da existência do tipo societário, isto é, da sociedade de capitais. São elas: (i) personalidade jurídica; (ii) responsabilidade limitada dos sócios; (iii) livre transferência de ações; (iv) gestão delegada a um órgão administrativo; e (v) a propriedade da sociedade em face dos investidores. As cinco características destacadas, no entanto, não dizem respeito unicamente ao tipo de sociedade de capital, podendo estar presente também em outras formas organizativas que não esta. O destaque serve apenas para melhor estruturar os diferentes tratamentos que recebem as sociedades de capitais em diversos ordenamentos jurídicos.[132]

O autor conclui que o escopo do direito societário é o de responder aos interesses da sociedade, considerada em senso amplo, recepcionando todos os vínculos existentes entre os acionistas e demais atores. Exclui o autor, do campo do direito societário, entretanto, o regime falimentar e a responsabilidade extracontratual. Embora considere a existência de uma zona cinzenta que deva ser considera para efeitos de estudo, não há identificação do direito societário e outros campos do direito, como, por exemplo, o direito do trabalho, além dos já citados, campo da responsabilidade civil e do direito falimentar.

A preocupação última do direito societário, segundo Luca Enriques, esta em resolver os conflitos de interesses que surgem das relações jurídicas existentes entre os acionistas e os demais atores da sociedade. Isto é, os conflitos que surgem no interior de uma companhia (mais especificamente uma sociedade anônima aberta e de grande porte), uma vez que a lei nem sempre se preocupa com o bem estar social – da sociedade – preocupa-se, outrossim, com os interesses dos administradores, dos trabalhadores, e demais interesses privados. Ao fim e ao cabo,

[132] O destaque de cinco características tidas por fundamentais que são comumente encontradas nas sociedades de capitais servem de base para o estudo proposto, mas não são, de modo algum, características que traduzem a possibilidade de se limitar o estudo do direito societário como se este fosse exclusivo das sociedades de capitais, e mais ainda, das sociedades empresariais como a sociedade anônima aberta. Na verdade, tais características constituem a base do direito societário comumente utilizado, mas não o restringe a este só tipo de empreendimento.

não há preocupação maior, nem por parte da jurisprudência e nem por parte da lei, com a questão da eficiência empresarial. Com isso, destaca-se que o conflito de interesses está mais presente nas sociedades anônimas e, certamente, que em maior grau de complexidade nas sociedades de economia mista, como ao longo deste trabalho vem se afirmando reiteradamente.

A percepção de que os conflitos nas sociedades de economia mista são derivados não só das necessidades diferentes que envolvem os seus participantes, cabe ressaltar que o maior conflito é o que deriva mesmo da própria interpretação da legal. Isto é, a interpretação das normas de direito administrativo juntamente com as de direito privado resultam numa interpretação prioritária a favor do interesse do Estado, ainda que este não seja efetivamente um interesse público. Lembrando, sempre, que regra geral, são elas utilizadas mais como instrumentos ao jogo político, inafastável, diga-se de passagem, que ao próprio interesse público, em seu sentido mais apertado.

Há que ser feita ainda uma ressalva em relação ao conflito de interesses: os acionistas que não integram o corpo do conselho de administração não estão isentos de serem atingidos diretamente pelas decisões tomadas pelos demais. Isto é, o conflito de interesses que pode ser compreendido interna e externamente acarreta infinitas interpretações. No momento, a discussão está limitada ao interesse que se aloja no poder de comando da companhia. No centro da tomada de decisões. Por óbvio que o interesse dos acionistas minoritários não pode ser deixado de lado. No entanto, a discussão que ora se apresenta refere-se especificamente ao conflito de interesses entre os administradores – acionistas. Lembrando ainda, que o conflito rompe a barreira da normalidade porque em um dos pólos da relação se encontra o Estado.

A separação do patrimônio do sócio e do patrimônio da sociedade é princípio basilar do direito societário. Não há constituição de sociedade se não houver a nítida determinação do tipo de responsabilidade atribuída aos sócios. Regra geral, a lei se encarrega de determinar o tipo de responsabilidade que os sócios terão de acordo com o tipo de vinculo social que estabelecerão. É a responsabilidade patrimonial dos

sócios que possibilita o desenvolvimento de atividades com um menor risco particular aos investidores.

A personalidade jurídica atribuída às sociedades é instrumental. Cabe observar que é criação humana e fortemente pontuada pelo Direito. Já a estrutura organizativa é modo pelo qual se pode institucionalmente fazer incidir o princípio democrático na tomada de decisões, uma vez que em companhias com grande dispersão acionária torna-se difícil administrar sem que haja um órgão responsável. Além disso, o fato de que os acionistas minoritários e os trabalhadores possam participar dos órgãos administrativos e consultivos/fiscalização, ressalta ainda mais o processo de evolução da democratização dos espaços privados, tal qual uma sociedade empresarial. Discutir os limites da propriedade ao tempo em que se inserem atores não-proprietários no âmbito interno da sociedade é também meio de reconhecimento da "empresa" como elemento fundamental do desenvolvimento de uma comunidade, ou seja, da sociedade civil.

O papel do direito societário, somado às teorias econômicas, é o de melhor contribuir para o desenvolvimento de atividades de produção e prestação de serviço que constituem a base de qualquer economia, sem que com isso se possam defender com exclusividade os interesses privatisticos daqueles que compõem o quadro efetivo de proprietários, com ou sem direito ao gerenciamento direto da companhia.[133] Considerar a empresa como elemento distante dos fatos sociais resulta em negar a própria existência deste ente. Por isso, as cinco características arroladas servem, na verdade, para dirimir os conflitos que surgem do feixe de relações jurídicas que são travadas diariamente entre a sociedade (pessoa jurídica), acionistas (proprietários) e os demais atores (trabalhadores, administradores, consumidores, fornecedores, credores etc).

[133] Sobre o poder de controle nas companhias conferir a obra de Fábio Konder Comparato.

3.3 Teorias do vinculo associativo: breves anotações

Para que se possa efetivamente entender a dimensão dos efeitos que surgem das relações existentes em uma empresa (sociedade empresarial) e as reais conseqüências que resultam de tais relações é importante abordar as teorias que tratam do vinculo associativo, para que então se possa melhor compreender o papel de uma companhia aberta no atual estágio social ao qual nos encontramos, e principalmente da sociedade de economia mista.

Alerta-se, no entanto, para o fato de que várias são as teorias que procuram justificar e fundamentar o interesse social que exsurge com o vínculo associativo, que une duas ou mais pessoas ou interesses para a consecução de um interesse próprio.[134] Porém, nenhuma delas, efetivamente, dá sustentação a real função da sociedade como ente personalizado e individualizado, separado dos laços que unem os interesses internos e externos de uma sociedade, seja ela de que tipo for, ou de que forma se revista. A base de todas as teorias se encontra ou no contratualismo ou no institucionalismo.

O contratualismo clássico nega a existência de qualquer interesse maior que o interesse dos sócios. É contratualismo definido por contraposição ao institucionalismo[135]. Para a teoria contratualista clássica, o interesse social (da companhia) é aquele que se identifica com os interesses dos sócios num determinado momento, ou ainda, numa nova versão, aquele que se identifica também com a vontade dos sócios futuros. Já o contratualismo modermo identifica-se com a obtenção de *shareholder value* (maximização do valor de venda das ações do sócio) e implica no engessamento do interesse social. Para os contratualistas modernos, o interesse social já não estaria mais sob o controle dos órgãos sociais, de tal maneira que seu interesse se resumiria à maximização de lucros.

Pela visão da teoria institucionalista, ao contrário da teoria clássica contratualista, não há identificação do interesse da sociedade com o interesse dos

---

[134] Note-se que a definição de sociedade, em regra, exclui o conceito e possibilidade da formação de sociedade unipessoal.
[135] SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27.

sócios, mas, sim, pressupõe-se que haja certa colaboração na busca do interesse social predeterminado. Cabe observar que, na sua fase extremada, a teoria institucionalista objetivava identificar seu interesse à sua própria preservação. A teoria institucionalista pressupõe a colaboração na persecução de um interesse social predeterminado, reconhecendo os diversos interesses que integram o interesse social, como o dos trabalhadores e da coletividade.

De acordo com os teóricos clássicos da análise econômica do direito, a empresa é vista como um feixe de contratos. Isto é, "a firma é vista como um único agente subscritor de um grupo de contratos, que começa pelos contratos com os sócios e vai desde contratos com fornecedores e clientes até contratos com trabalhadores e contratos de empréstimos necessários para suprir as necessidade de fundos da empresa"[136]. Para esta teoria, "o controle interno da empresa, obtido através da propriedade de suas ações, é naturalmente atribuído àquele grupo de pessoas com as quais transacionar no mercado é excessivamente oneroso para a própria empresa ou para esse grupo de pessoas, seja porque algum deles mantém uma situação monopolista (imagine-se, por exemplo, um sindicato de trabalhadores bastante forte), seja porque o custo social ou o descontentamento gerado por uma determinada situação pode ser extremamente negativo para a empresa"[137].

Já para a teoria organicista, o vínculo associativo objetivaria a criação de uma organização, que corresponderia à coordenação recíproca de atos. Ou seja, o contrato social passa a ser identificado através de um valor organizacional. A coincidência de interesses diversos que se compõe pela diversidade de partes não mais sustenta a relação contratual. A sociedade como organização pressupõe harmonizar os interesses. Não se resume ao entendimento de que a organização deve visar única e exclusivamente uma eficiência econômica, de maneira análoga a proposta efetivada pela doutrina clássica econômica de que a empresa deve ser vista como um feixe de contratos isolados.

Cabe ainda observar que, a antiga polêmica existente entre contratualistas e institucionalistas no que se refere ao interesse social e ao interesse da sociedade também é percebida na discussão travada entre os modelos de governança

[136] Ibidem, p.41.
[137] Ibidem, p. 43.

corporativa, que se preocupa tanto com os interesses internos quanto com os externos. Além disso, se para a teoria contratualista o interesse da sociedade se reduz ao interesse dos sócios, a institucionalista busca uma identificação entre interesse social e interesse público. Para esta teoria, a empresa não se resume a uma organização privada pura e simplesmente, mas, ao contrário, congrega interesses diversos e representa um importante fator de desenvolvimento da economia.[138]

A teoria do contrato organização, por sua vez, não é uma teoria econômica, mas jurídica. Ela não reduz o interesse social a uma organização direcionada simplesmente a obter a eficiência econômica, mas objetiva o melhor ordenamento dos interesses nela envolvidos e a solução dos conflitos existente entre eles. Para esta teoria, o interesse social se identifica com a estruturação e organização mais apta a solucionar os conflitos. Assim, como jamais o interesse social poderá identificar-se com a maximização dos lucros ou com o interesse de preservação da empresa. Tal teoria aproxima-se mais do institucionalismo integracionista (Alemão).

Para a teoria organicista não há a internalização de interesses diversos. Para ela, a própria sociedade é o instrumento capaz de resolver os conflitos. No entanto, há situações em que a sociedade não é capaz de resolver os conflitos que surgem no seu interior e por isso é necessário que o Estado intervenha. Essa intervenção pode ser conferida na lei alemã, que determina a participação do trabalhador na gestão da empresa. Assim, situações de natureza conflituosa podem muito bem serem resolvidas através de um processo de cooperação.

A teoria de Tullio Ascarelli, do contrato plurilateral, pauta-se pela comunhão de interesses diversos. Isto é, o interesse social é aquele que se identifica com o interesse dos sócios, que deve ser entendido como interesse comum. Para ele, a sociedade constitui uma comunhão voluntária de interesses e de escopo, a qual se coordena com um interesse comum a todos os participantes.[139] No entanto, é

[138] Neste ponto, cabe lembrar que o direito brasileiro quando do tratamento dado às sociedades anônimas dispensou referido tratamento de confluência de interesses público e privado.

[139] Sob o aspecto estrutural, o contrato de sociedade é um contrato plurilateral, que possui duas especificidades marcantes em relação aos contratos bilaterais. Em primeiro lugar, as alterações dos contratos de sociedade são regidas pelo princípio majoritário, inaplicável aos contratos bilaterais. Em segundo lugar, dos contratos de sociedade podem participar mais de duas partes, possibilidade excluída nos contratos bilaterais. Sob o aspecto funcional, por outro lado, o contrato de sociedade é um contrato de organização, que visa à criação de uma

possível perceber que tal teoria não responde à aplicação da regra de conflito, na qual o acionista se vê impedido de votar caso o seu interesse seja conflitante com o da sociedade. Percebe-se, portanto, que não há identificação entre interesse da sociedade e interesse dos sócios, os quais somados representariam o interesse social. Veja-se que nem mesmo a soma dos interesses dos sócios pode ser entendido como interesse social, sendo que nem mesmo a maioria é capaz de alterar o interesse social quando este colidir bruscamente com o interesse da sociedade. (Cf. art. 115, § 1º, da LSA).

Destaca-se que o interesse social há de ser o interesse da empresa, vista como ente jurídico complexo e orgânico. A teoria de Ascarelli é inovadora ao identificar que há a possibilidade de contratos que não sejam bilaterais ou de permuta, isto é, contratos nos quais não se inserem vontades contrapostas e sim objetivam a realização de um escopo comum. Mas o fato que persiste é de como fazer valer a comunhão de interesses individuais quando do próprio contrato plurilateral resulta um ente com interesse próprio? Note-se que a somatória de interesses não é o interesse da companhia, pois neste se inserem interesses outros que não os dos seus sócios que devem ser preservados.

Além disso, é importante destacar que o termo “sociedade” é utilizado para designar dois institutos jurídicos distintos: (i) negócio jurídico através do qual se constitui um ente com direitos e obrigações e (ii) para designar o próprio ente.Nos termos do artigo 981 do Código Civil brasileiro, dois fins animam o contrato de sociedade: o exercício de uma atividade econômica e a partilha dos resultados obtidos. O fim imediato da sociedade corresponde à atividade econômica definida como objeto social, o fim mediato corresponde à partilha dos resultados obtidos, em regra identificados com os lucros. Observa-se, no entanto, que o lucro, embora seja um objetivo normal, não constitui um elemento essencial do contrato de sociedade. Dessa forma, melhor seria definir a sociedade (ente) como “organização resultante de um negócio jurídico produzido pela formação da vontade de uma ou várias pessoas, para se interpor nas relações entre elas e terceiros, que o ordenamento

---

organização e, nesse sentido, diferencia-se dos contratos de permuta, que visam uma distribuição de bens e direitos entre os contratantes. Sobre o tema: ASCARELLI, Tullio, O Contrato Plurilateral. In: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 372-452.

chancela como modo de preencher uma determinada função – qual seja, a de facilitar a prática de atos ou negócios jurídicos voltados à realização de certos fins econômicos por elas pretendidos”[140].

Cabe ressaltar ainda que a lei anonimária brasileira contempla as teorias contratualista e a institucional, de forma a dificultar a aplicação de suas regras, principalmente no que diz respeito ao conflito de interesses especificamente. No entanto, alerta que se registra é o de que a regra posta no art.170 da Constituição Federal brasileira não pode ser olvidada. Assim, ainda que a lei anonimária tenha um comando de que deve prevalecer o interesse da companhia nos termos do art. 156, este sucumbe ao art. 170 referido acima, pois a circularidade capacita ao interprete assimilar o meta-interesse e responder à sociedade aos seus interesses maiores, quais sejam os interesses públicos primários, uma vez que a proteção da função social empresarial pressupõe a proteção dos direitos inerentes ao direito de propriedade que se ligam ao direito dos acionistas, sejam eles quem for, não havendo, portanto, predominância do interesse político sobre o privado.

[140] ASSIS GONÇALVES NETO, Alfredo de. *Lições de Direito Societário*, op.cit. p. 9.

4. CONFLITOS: SOLUÇÕES APARENTES PRE-ESTABELECIDAS

4. 1 Dever de lealdade do administrador

O dever de lealdade é regra determinada na lei anonimária. De acordo com o que estabelece o art. 155 da LSA[141], "o administrador deve servir com lealdade à companhia" e determina ainda uma série de obrigações de não fazer deste para com a sociedade. Dentre as determinações legais, merece destaque a expressa já no inciso primeiro, qual seja: a impossibilidade de usar em benefício próprio ou de outrem as oportunidades comerciais advindas do conhecimento obtido em razão do cargo que ocupa na companhia. Assim, a lei proíbe ao administrador o uso indevido de informações, devendo ele ser leal aos interesses da companhia.

Em um primeiro momento pode-se destacar que tal limitação imposta por lei visa proteger os interesses da própria companhia. Além disso, em função de ser o ato revestido de caráter altamente subjetivo, por vezes é quase impossível separar o interesse do Estado – interesse primário e secundário, dificultando a aplicação da regra por aquele que representa o Estado. Isto é, como identificar se o interesse é pessoal ou se o interesse é do Estado é este se faz representar pela vontade humana que o representa em determinada situação. Ou seja, é aqui que a separação dos interesses se acentua, uma vez que o Estado se faz representar por indivíduos que atuam em seu nome. É aqui que a vontade política e a individual se

---

[141] Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:
I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;
II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;
III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.
§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.
§ 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.
§ 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1° e 2°, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação.
§ 4o É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

exterioriza de forma efetiva dificultando a compreensão de atuação daquele que age em nome do Estado, isto é, daquele que o representa. Tal situação acaba levando ao estabelecimento do conflito de interesses, que será abordado a seguir.

Dessa forma, tratar da questão da lealdade do administrador quando o mesmo está inserido na situação concreta de uma sociedade de economia mista pressupõe um esforço interpretativo quase que impossível, uma vez que as pessoas envolvidas, conforme mencionado anteriormente, por si só já apresentam uma gama infinita de interesses conflitantes. Determinar ao certo se o dever de lealdade foi ou não cumprido por aquele que representa o ente estatal que participa do capital majoritário de uma sociedade de economia mista impõe determinar, primeiramente, o tipo de interesse do qual se está tratando. Na esfera dos interesses privados, a situação se mostra mais aberta e clara, pois é possível determinar, regra geral, a que interesse, ou aos interesses de quem serve referido administrador ao qual se colocou em cheque o dever de lealdade, podendo expor com um grau de clareza maior o interesse que está predominando no momento e no caso concreto levantado. Diversa é a situação do interesse na sociedade de economia mista. Por diversas vezes mencionadas neste trabalho, sabe-se que não é fácil apurar no caso concreto o tipo de interesse envolvido na tomada de decisões. Ainda que se possa vislumbrar o porquê de certas manobras societárias, afirmar a posição exata e determinar o interesse em pauta não é sempre claro e evidente. E a situação é agravada, deve-se ressaltar, pela própria aplicação das normas de direito público, destinadas a administração pública, o que impede a aplicação das regras destinadas ao setor eminentemente privado.

De acordo com Miguel Reale Júnior:

> Segundo o art. 155 da Lei das Sociedades Anônimas o administrador deve servir com lealdade à companhia. Não especifica a lei o que venha a ser lealdade, a não ser pela forma negativa, ou seja, estabelecendo o que é vedado realizar como ofensa ao dever de lealdade. A conduta vedada no inciso I do art. 155 da referida lei, na verdade, já contem o comportamento depois descrito no inciso III, porém, a especificação indica o relevo que se pretende outorgar à circunstância de aquisição de bem ou direito de interesse da empresa para depois o revender a esta.

Há que se quer ressaltar, portanto, é que a lealdade é dirigida à sociedade, de tal forma que não se pode agir de forma a priorizar o interesse da mesma, não acarretando o conflito de interesses entre o administrador e a companhia.

Nesse sentido, ainda de acordo com Reale Júnior:

> Os negócios entre a empresa e o seu administrador são sempre relevantes exatamente por envolverem em geral situações de conflito de interesses, nas quais se realça o respeito ou desrespeito ao dever de lealdade, cuja afronta pode redundar em nulidade do negócio. E essa relevância, seja em companhias abertas ou fechadas, revela que os negócios entre administradores devem ser objeto sempre de informação aos sócios e aos órgãos societários.[142]

Dessa forma, o dever de lealdade está diretamente atrelado ao interesse da companhia, de tal forma que a identificação do mesmo, quando este se refere ao interesse do Estado que atua como empresário e tem interesse dissidente do interesse da companhia indica a existência do conflito de interesses. Esse dever de lealdade, quando analisado no setor eminentemente privado se mostra mais claro e aparente. Já no plano da administração pública indireta, no caso das sociedades de economia mista, o interesse público, por ser ambíguo e de sentidos diversos dificulta a apuração do descumprimento do dever de lealdade. A apuração de tal conflito, por depender de normas da administração pública é dificultada pela demora natural do desenrolar das coisas no âmbito da Administração Pública, frente a sua própria estrutura e natureza. A demora acarreta, em si, prejuízos irreparáveis. Tais prejuízos, inclusive, não se limitam a seara do interesse público em si – da sociedade civil, mas também ao interesse dos acionistas minoritários.

Importante ressaltar que a não observância do dever de lealdade em países como a Itália, Espanha e Alemanha ensejam crimes penais. No Brasil, entretanto, embora exista corrente que defenda a possibilidade de torná-lo punível, a tese ainda não tomou força de lei, sendo discutida no plano teórico. A própria CVM (Comissão de Valores Mobiliários), responsável pela aplicação de multa administrativa quando do descumprimento dos preceitos legais não aprova a posição da doutrina que busca estabelecer um tipo penal para referida atitude. Assim, o descumprimento do dever de lealdade e suas conseqüências que resultam em conflito de interesses são adstritos ao direito societário.

Fato é que, quando a lei autoriza que o administrador tome decisões em prol do interesse público que permitiu a criação/autorização da sociedade, permite ele

[142] Disponível em : <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/miguel2.pdf>.

que, de certa forma, não seja a decisão tomada em prol da sociedade de economia mista efetivamente, mas tão somente em razão do interesse do Estado, ou do ente estatal que possui o poder de controle e mando da companhia. Este é, por assim dizer, o grande problema da lei anonimária que, para se adequar a gritante esquizofrenia e simulação do direito permite tamanha ingerência da Administração Pública, via transversa, na atividade econômica, que tem no seu capital social, interesses dos acionistas privados que devem ser respeitados.

No caso em concreto, quando a lei autoriza que a decisão possa ser tomada em prol do interesse público que fundamentou a existência da companhia, acaba estabelecendo uma gama infinita de interpretações que circundam o interesse público então alegado. Isto é, se a decisão for tomada em prol do interesse público e em descumprimento a observância de proteção aos interesses dos acionistas minoritários, penso que afrontam não só regras de lealdade e transparência quanto às de mercado efetivamente. Há que se ressaltar que, em regra, tais decisões visam sempre à proteção do Estado no seu papel de investidor e político e não como Estado que visa à proteção das vontades sociais efetivamente. Para ilustrar, vale retomar o caso da manutenção do preço do combustível, mas que por outro lado acaba gerando um enorme acréscimo nos demais produtos derivados do petróleo. É nesse sentido que há uma proteção a uma minoria que visa um interesse político e não efetivamente o bem estar da população. Tanto é assim que a grande maioria se utiliza de transporte público e que, diga-se de passagem, um tanto quanto precário e caro. Se o interesse fosse o de visar o transporte de pessoas e de mercadorias com a manutenção e quase tabelamento dos preços nesse setor, outras medidas de incentivo seriam implementadas e o produto, quando chegasse ao consumidor final não teria um preço tão alto, face à utilização dos derivados do petróleo que tendem a suportar o preço defasado dos combustíveis em si. No entanto, o fato é que neste ponto o interesse público é colocado de lado e o interesse que se sobressai é o político-estatal/governamental.

4. 2 “Insider trading”

A questão da proibição de divulgação de informação privilegiada quando relacionada às sociedades de economia mista chama a atenção pelo fato que, tendo o Estado informações sempre privilegiadas, todos os seus atos estariam eivados de quebra de fidúcia. Ou ainda, o privilégio na obtenção de certas informações por serem os representantes das estatais pessoas indicadas pelo próprio Presidente da República acentua a idéia de que tais companhias sempre hão de ter certo tratamento diferenciado frente as demais companhias que participam do mercado mas que não pertencem ao rol das estatais. Assim, as companhias com participação do Estado colocariam em risco o equilíbrio e até mesmo a própria eficiência que se espera de um mercado livre.

A regra é de que o mercado deve ser o mais transparente possível. Nesse sentido, “o ideal, pois, é que a cotação dos títulos reflita apenas todas as informações publicamente disponíveis, o que busca alcançar mediante normas que estabeleçam a obrigação de divulgar todas as informações relevantes”[143]. No entanto, sendo o *insider* representante do governo e atuante no mercado o mesmo, tal qual o *insider* em uma companhia privada coloca o equilíbrio do mercado em risco. A má utilização de certas informações que são privilegiadas porque advém do governo, pelas mais variadas fontes, colocam em xeque também a situação de *disclousure*. Ou seja, o dever de informar, como elemento característico das companhias e que compõem os sistemas que integram o mercado de capitais, por possuir limitação de informação por ser informação inclusive que carece de proteção, muitas vezes em face da manutenção da economia, por exemplo, para que não haja uma corrida desenfreada e que coloque o mercado em risco e em desequilíbrio atenta contra o bom desenvolvimento de um mercado eficiente, livre e igual.

Se as companhias não observarem as regras de mercado não estarão também cumprido as regras societárias e, portanto, ocuparão um lugar privilegiado, destoado das demais companhias concorrentes no mercado. A igualdade deve estar

T[143] EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna B; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de capitais – regime jurídico. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2008, p. 536.

presente não só na fase de desenvolvimento da atividade econômica, mas em todas as demais que envolvem inclusive a compra e venda de ações. A obtenção de uma companhia estatal de informações privilegiadas fará com que ela saia na frente no memento de aquisição, colocando as demais companhias, eminentemente privadas, em situação de desigualdade.

Em um tempo em que há vozes que defendem a aquisição de ativos por parte de órgãos da administração pública de forma a aplicar livremente o dinheiro público no mercado acionário[144], imperioso que se faça de forma a ressaltar os princípios societários da divulgação de informação para todos. Ou seja, o dever de informar deve efetivamente cumprir sua função. Que também o uso de informação privilegiada seja punido, ainda que tal *insider* seja pessoa ligada ao alto escalão do governo. Vale dizer, que seja apurado o dano do mercado e punido quem o causou, sem que a ele se atribua qualquer privilégio em função do cargo, por exemplo. Ressalta-se ainda que o *insider* tem sido combatido com normas preventivas e repressivas. As primeiras manifestam o sistema de *disclousure*, ou seja, de transparência nas informações. Já as de caráter repressivo proíbem a utilização da informação privilegiada. No entanto, o assunto ainda não foi amplamente discutido nem na seara privada, nem tampouco no campo da Administração Pública, mais especificamente este ao qual estamos a nos debruçar no momento. São temas atrelados ao livre mercado, em especial, ao mercado de capitais, mas que não despertou o estudo dos institutos quando relacionados às sociedades de economia mista. Ao que me parece o tema, quando relacionado ao tipo societário mencionado implica estabelecer medidas diferenciadas, uma vez que se trata, em regra, de negociações realizadas por pessoas (*insiders*), ou seja, por quem detém informação sempre privilegiada, vez que são representantes da vontade governamental, como bem se esclarece nas primeiras linhas deste subitem.

O problema enfrentado entre o dever de informar e o de guardar sigilo gera também conflito no interior da companhia. Pode-se entender que o dever de informar está acima do dever de não divulgar informação privilegiada, mas há também a possibilidade de se entender a situação de modo diverso. O fato em si, para uma

[144] Nesse sentido, posicionamento divulgado por Filipe Derbli, em palestra proferida na FGV em 2010 no Rio de Janeiro.

melhor apuração, depende do contexto em que a informação circulou ou deixou de circular. Por vezes pode ser que esteja atrelado também a uma situação na qual se possa entender ser de exercício pela companhia de sua função social. Tema este, aliás, que acaba esbarrando também na questão que envolve o conflito de interesses, tal qual o que visa a obtenção de lucro e o exercício da função social de toda empresa nos termos do que determina não só a Constituição, em seu art. 170, bem como a própria lei anonimária em seus arts. 116 e 154.

A questão da informação é tão peculiar e especial que acabou por retirar dos acionistas o poder efetivo de controle e o passou aos administradores. Embora tal constatação não seja nova, o que se destaca na atualidade é o grande número de atores envolvidos. Se nas companhias eminentemente privadas a coisa já é recorrente e requer certo grau de maturidade negocial, a qual deverá separar as informações que podem e devem ser divulgadas com as sigilosas, imagine então a situação quando a negociação envolve estatais.

Nesse sentido, para que se possa visualizar a gravidade da situação na qual há a manipulação efetiva do poder de controle:

> A administração de uma sociedade anônima, principalmente se de grande porte, envolve múltiplas relações com órgãos governamentais, com concorrentes, com empresas aliadas e complementares, com investidores externos, com sindicatos de trabalhadores, com organizações não governamentais de consumidores e ambientalistas, além de muitas outras. Cada decisão estratégica tomada neste ambiente depende de complexas análises econômicas, financeiras, operacionais, jurídicas e de marketing, as quais estão, via de regra, fora do conhecimento e da compreensão da maioria dos acionistas, que passam a se reunir nas assembléias gerais da companhia apenas para examinar superficialmente os relatórios produzidos pela administração e autorizar a adoção de políticas previamente definidas por esta mesma administração.[145]

A informação é elemento importante na tomada de decisões. Aquele que a possui certamente que se destacará na tomada de decisões. O fato é saber em prol de quem a informação será usada. Se usada no interesse da companhia não se vislumbram problemas, até porque, quando da discussão do dever de diligência, há que ser ressaltado que a informação faz parte dos elementos que compõem o bem gerir do administrador. No entanto, se usado de forma dissonante aos interesses da companhia ou de forma a prejudicá-la, de uma ou de outra forma, ou ainda que só

[145] BARRETO, Julio. *O conflito de interesses entre a companhia e seus administradores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 90.

para beneficiar o conhecedor da informação tida por privilegiada acarreta responsabilidade ao que informou de forma indevida, ou seja, aquele que usou a informação para outros fins que não os da companhia.

Dessa forma, cabe destacar que “há razões de ordem econômica e de ordem ética que justificam a repressão ao uso privilegiado de informações por parte dos *insiders*”.[146] De acordo com Eizirik et al, as de ordem econômica se ligam a eficiência, que por sua vez diz respeito ao modo como o mercado reage em função da informação referentes às companhias. Esta, por sua vez, comporta outro princípio no qual a informação deve estar disponível para todos. Já as de ordem ética seriam derivadas do princípio da igualdade de acesso às informações. Diante disso, a utilização da informação pelo *insider* de maneira desigual enseja um comportamento eticamente condenável, de tal sorte que o lucro poderia ficar restrito a uma única pessoa.

Interessante a observação feita em razão da utilização da informação pelos *insiders*, ou seja, “as informações referentes às atividades empresariais da companhia são de sua propriedade, não de propriedade dos *insiders*, o que implica uma discussão sobre quem é a parte prejudicada, se os investidores que negociaram no período sem acesso às informações ou se a própria companhia”[147]. Vale mencionar que o bem jurídico tutelado é o da estabilidade e eficiência do mercado de capitais[148]. A previsão de proteção ao mercado de capitais no que se refere à divulgação de informação privilegiada está posto na legislação brasileira tanto na lei n. 6.385, que trata do mercado de capitais e da CVM, quanto na de Lei n. 6.404, destinada às sociedades anônimas e, em especial, às sociedades de economia mista.

Ressaltando a incidência das normas da lei anonimária em face das sociedades de economia mista, merece destaque a seguinte decisão:

---

[146] EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna B; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais* – regime jurídico. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2008, p. 536.
[147] Ibidem, p. 538.
[148] Ibidem, p. 539.

RECURSO CONTRA DECISÃO DA SEP - ADOÇÃO DO VOTO MÚLTIPLO - CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. - PROC. RJ2005/9327. Reg. nº 4980/05. Relator: DWB

Trata-se de recurso interposto por Centrais Elétricas Brasileiras S/A contra decisão da Superintendência de Relações com Empresas (SEP) que respondeu negativamente a sua consulta sobre a possibilidade de não mais mencionar, nos editais de convocação de assembléia, a faculdade de adoção do voto múltiplo para eleição dos membros do seu conselho de administração.

O Relator observou que as **sociedades de economia mista** consistem em companhias *sui generis*, já que, necessariamente, estão sob o controle estatal, o que não exclui a submissão dessas sociedades à Lei 6.404/76, conforme expresso em seu art. 235.

Assim, para o Relator, os direitos e obrigações atribuídos aos acionistas não controladores das sociedades de economia mista devem ser rigorosamente observados pela sua administração e pelo seu controlador (Poder Público), tal como acontece nas companhias em geral.

Ainda segundo o Relator, com relação especificamente à composição do conselho de administração das sociedades de economia mista, o art. 239 da Lei 6.404/76 parece ter deixado clara a importância da participação dos acionistas não controladores.

Considerando que a Eletrobrás tem ações ordinárias em circulação no mercado, o Relator entende que não deve prosperar o pedido da companhia de ver afastada por completo da sua vida societária a hipótese de adoção de voto múltiplo. Conseqüentemente, tampouco considera pertinente a pretensão da companhia de não mais indicar nos editais de suas assembléias gerais o percentual necessário para adoção do voto múltiplo.

Assim, o Colegiado acompanhou o voto apresentado pelo Relator e deliberou negar provimento ao recurso, mantendo-se o entendimento da SEP de que a Eletrobrás deve continuar a mencionar a possibilidade de adoção de voto múltiplo em seus editais de convocação de assembléia, nos termos da Instrução 165/91.

Processo Administrativo CVM RJ 2005/9327
(Reg. Col. 4980/2005)
Assunto: Recurso contra decisão SEP
Interessado: Centrais Elétricas Brasileiras S/A
Diretor-Relator: Wladimir Castelo Branco Castro

RELATÓRIO

1. Trata-se de recurso interposto por Centrais Elétricas Brasileiras S/A ("Eletrobrás") contra decisão da Superintendência de Relações com Empresas (SEP) que denegou sua consulta de não mais mencionar nos editais de convocação de assembléia a possibilidade de adoção do voto múltiplo para eleição dos membros do seu conselho de administração.

Dos Fatos

2. Em 07/11/2005, a Eletrobrás protocolou expediente na CVM, solicitando que não fosse mais necessário mencionar nos editais de convocação de assembléias que elegerão os membros do conselho de administração da companhia a possibilidade de adoção do voto múltiplo.

3. Após a solicitação da companhia, a SEP entendeu que a companhia estava confundindo o conceito de voto múltiplo com o de voto em separado para justificar a razão do seu pleito e denegou o pedido através do Ofício/CVM/SEP/GEA-1/651/2005.

4. Em 12/12/2005, a Eletrobrás interpôs recurso (fls. 02-04) contra a decisão da SEP, alegando que:

i. sabe-se que as sociedades de economia mista federais se subordinam obrigatoriamente à Lei 6.404/76, competindo-lhes respeito a todas as suas normas, das quais decorreriam, em tese, o cumprimento dos art. 141 e 3º da Lei 6.404/76 e da Instrução CVM 165/91;
ii. ocorre, entretanto, que as sociedades federais de economia mista também estão sujeitas às disposições especiais de lei federal, como expresso no art. 235 da Lei 6.404/76, que devem prevalecer em função do princípio da especialidade;
iii. antes da Lei 10.303/01, a Medida Provisória 2.181-45 alterou a Lei 3.890-A/61 (lei que autorizou a União a constituir a Eletrobrás), dispondo que o conselho de administração seria composto por nove conselheiros, sendo 7 indicados pelo

Ministro de Minas e Energia, 1 pelo Ministro do Planejamento e, por fim, um pelos acionistas minoritários pessoas físicas e jurídicas de direito privado;

iv. com o advento da Lei 10.303/2001, ajustou-se o Estatuto da Eletrobrás mediante o Decreto 4.559/02, acrescentando-se no seu art. 17 a possibilidade de eleição de um conselheiro pelos acionistas titulares de ações preferenciais sem direito a voto; o conselho, portanto, passaria a ser composto por 10 conselheiros, sendo 7 indicados pelo Ministro de Minas e Energia, 1 pelo Ministro do Planejamento, um pelos acionistas minoritários pessoas físicas e jurídicas de direito privado e, finalmente, 1 pelos preferencialistas que representem no mínimo 10% do capital social;

v. parece não caber excepcionalmente à Eletrobrás a adoção de voto múltiplo, principalmente em relação aos oito integrantes do conselho de administração a serem indicados pela União;

vi. não é razoável qualquer possibilidade de aplicação à Eletrobrás do art. 4º(1) da Instrução CVM 165/91 (ato hierarquicamente dependente), já que não se vislumbra a proteção contra atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas;

vii. assim, a Eletrobrás reitera o pleito de não mais mencionar em seus editais a adoção do voto múltiplo, pela sua própria inaplicabilidade.

5. Em 19/12/2005, a SEP (MEMO/SEP/GEA-1/212/2005, fls. 07-08) se manifestou a respeito do recurso, concluindo que:

i. para que seja solicitada a adoção de voto múltiplo é necessário requerimento de acionistas que representem, no mínimo, segundo o art. 1º da Instrução CVM 165/91, 5 % do capital social com direito a voto da Eletrobrás;

ii. verificou-se que a União é detentora de 78,37% do capital votante da Eletrobrás, sendo os outros 21,63% do capital pulverizado em aproximadamente 14.631 acionistas (pessoa física ou jurídica);

iii. logo, existe a possibilidade de acionistas representando 5% ou mais do capital votante da Eletrobrás requererem a adoção do voto múltiplo;

iv. assim, a SEP não tem condição de autorizar a Eletrobrás de não indicar a possibilidade de adoção do voto múltiplo em seu edital de convocação de assembléias que elegerão os membros do conselho de administração, pois estaria em desacordo com a legislação vigente.

6. Em 20/02/2006, a PFE (MEMO/PFE-CVM/GJU.2/N° 85/06, fls. 12-15) opinou no sentido de que deveria ser mantido o entendimento da SEP, com base nos seguintes argumentos:

i. o art. 12, § 1º, da Lei 3.890-A/61 dispõe acerca da composição do conselho de administração, determinando a sua formação com nove conselheiros e assegurando a eleição de um representante dos acionistas minoritários;

ii. ocorre que, posteriormente à edição da referida Medida Provisória, o Estatuto da Eletrobrás foi alterado pelo Decreto 4.559/2002, elevando o número de conselheiros para dez, o que, segundo a própria Eletrobrás, teria sido utilizado com o fito de ajustar o estatuto da companhia ao disposto na Lei 10.303/2001, posterior, portanto, à MP 2.181-45, que, em seu art. 141, § 4º, passou a garantir a eleição de um representante dos preferencialistas para o conselho de administração;

iii. o número de Conselheiros fixado pela Lei 3.890-A/61 refere-se, tão-somente, a um indicativo, ou seja, trata-se da composição mínima do Conselho, que deverá ser ajustada conforme as disposições da Lei do Anonimato, que, em última análise, é o diploma regente da matéria;

iv. o disposto no art. 12, § 1º, da Lei 3.890-A/61 não tem o condão de afastar a previsão do art. 239 da Lei 6.404/76, que assegura à minoria, nas sociedades de economia mista, o direito de eleger um dos conselheiros no conselho de administração da companhia, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo, garantindo-se, portanto, uma maior proporcionalidade na formação do Conselho;

v. assim, não se afigura possível o afastamento do direito em comento, qual seja, a adoção do voto múltiplo, pela lei instituidora da sociedade de economia mista, devendo prevalecer o disposto na Lei das Sociedades Anônimas;

É o relatório.

VOTO

7. O presente processo busca, em última instância, apurar se é possível afastar a adoção do procedimento de voto múltiplo nas assembléias gerais da Eletrobrás, quando da escolha dos membros do seu conselho de administração.

8. Não há dúvida de que as sociedades de economia mista consistem em companhias *sui generis*, já que, necessariamente, estão sob o controle estatal. O

controle estatal, todavia, não exclui a submissão dessas sociedades à Lei 6.404/76. É o que está expresso no art. 235 da LSA:

"Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.

§ 1º As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 2º As companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta lei, sem as exceções previstas neste capítulo."

9. Essa constatação permite-nos afirmar que os direitos e obrigações atribuídos aos acionistas não controladores das sociedades de economia mista devem ser rigorosamente observados pela sua administração e pelo seu controlador (Poder Público), tal como acontece nas companhias em geral.

10. No que toca especificamente à composição do conselho de administração das sociedades de economia mista, o art. 239 da Lei 6.404/76 parece ter deixado clara a importância da participação dos acionistas não controladores. Mas não só isso. O art. 239 deixou claro que o processo de voto múltiplo é sim aplicável às sociedades de economia mista.

"Art. 239. As companhias de economia mista terão obrigatoriamente conselho de administração, assegurado à minoria o direito de eleger um do conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo.

Parágrafo único. Os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas."

11. Diante desse quadro, e considerando que a Eletrobrás tem ações ordinárias pulverizadas no mercado(2), não vejo como prosperar o pedido da companhia de ver afastada por completo da sua vida societária a hipótese de adoção de voto múltiplo. Conseqüentemente, tampouco considero pertinente a pretensão da companhia de não mais indicar nos editais de suas assembléias gerais o percentual necessário para adoção do voto múltiplo, conforme o art. 3° da Instrução CVM 165/91.

"Art. 3º O percentual mínimo de participação no capital votante necessário à requisição da adoção do voto múltiplo constará, obrigatoriamente, do edital de convocação das Assembléias destinadas à eleição dos membros do Conselho de Administração de companhias abertas."

12. É de notar que a fundamentação da companhia consiste unicamente em sustentar que o Decreto 4.559/02, ao estabelecer a composição do conselho de administração da Eletrobrás, impediria diferente composição, como aquela que poderia decorrer da adoção do voto múltiplo (princípio da legalidade administrativa). Esse argumento, entretanto, não me parece adequado, porquanto sua aceitação implicaria aceitar que a assembléia geral(3) da Eletrobrás pudesse aprovar um estatuto que vai de encontro ao disposto na Lei da S/A, o que de todo não me parece razoável.

13. Com efeito, entendo adequada a observação da PFE de que a composição do conselho de administração prevista no Decreto 4.559/02 é apenas indicativa da composição do órgão, não tendo o condão, todavia, de afastar as garantias dos acionistas minoritários previstas na Lei 6.404/76, dentre estas a adoção do voto múltiplo.

14. Nesse sentido, entendo que as disposições constantes do Decreto 4.559/02, aprovado na assembléia geral de 17/12/2002, garantem, na composição do conselho da Eletrobrás, duas vagas em separado, sem prejuízo de outra vaga que possa ser obtida mediante a adoção do procedimento do voto múltiplo.

15. Acrescento ainda outro ponto. Entendo que eventual eleição de membro do conselho de administração não vinculado ao controlador através do voto múltiplo também não poderá impedir que a União mantenha as oito vagas indicadas pelo Executivo, conforme previsão do Decreto. Nessa situação hipotética, a solução será, a meu ver, a companhia valer-se da racionalidade jurídica prevista no art. 141, § 7.º(4), permitindo-se assim a ampliação do número de membros do conselho, independentemente do número previsto no estatuto.

16. Para o bom entendimento da questão, considero importante fazer, finalmente, uma distinção entre o instituto do volto múltiplo, previsto na Lei 6.404/76 e as votações em separado, previstas no art. 141, § 4.º, I e II, da Lei 6.404/76. No processo de voto múltiplo, atribui-se a cada acionista um total de votos correspondentes ao número de suas ações votantes multiplicado pelo número de cargos do conselho de administração, facultando-se ao acionista a prerrogativa de

> concentrar todos os seus votos em um só candidato ou de dispersá-lo entre vários; a adoção desse processo tem o mérito de permitir uma composição proporcional do conselho de administração, quebrando o poder absoluto do controlador. Por outro lado, o processo de votação em separado prescreve que uma vaga deve ser escolhida para um determinado segmento dos acionistas (ordinaristas minoritários ou preferencialistas sem direito a voto), sem, contudo, garantir uma composição proporcional do Conselho. Os institutos, portanto, embora visem à participação dos não controladores no conselho, não alcançam os mesmos objetivos. Por esse motivo, a previsão de membros em separado no estatuto da Eletrobrás não supre a possibilidade de adoção do voto múltiplo. **Conclusão.**17. Com base no exposto, voto pelo improvimento do recurso, mantendo-se assim a exigência da SEP de que a Eletrobrás deve continuar a mencionar a possibilidade de adoção de voto múltiplo em seus editais de convocação de assembléia, nos termos da Instrução CVM 165/91.Rio de Janeiro, 24 de outubro de 2006. Wladimir Castelo Branco Castro.Diretor-Relator. (1) Art. 4º A inobservância ao disposto nesta Instrução configurará infração grave, passível de aplicação das penalidades previstas no artigo 11, incisos I a VI, da Lei nº 6.385/76. (2) Conforme o IAN de 31/12/2005 da Eletrobrás, o seu *free float* de ações ordinárias é de 21,77% (portanto, superior ao percentual de 5% necessário para a adoção do voto múltiplo, conforme o art. 1° da Instrução CVM 165/91). (3) Nos termos do art. 121 da Lei 6.404/76, compete privativamente à assembléia geral aprovar a reforma do estatuto social. (4) Art. 141. Na eleição dos conselheiros é facultado aos acionistas que representem, no mínimo, um décimo do capital social com direito a voto, esteja ou não previsto no estatuto, requerer a adoção do processo de voto múltiplo, atribuindo-se a cada ação tantos votos quantos sejam os membros do conselho, e reconhecido ao acionista o direito de cumular os votos num só candidato ou distribuí-los entre vários. § 7º Sempre que, cumulativamente, a eleição do conselho de administração se der pelo sistema do voto múltiplo e os titulares de ações ordinárias ou preferenciais exercerem a prerrogativa de eleger conselheiro, será assegurado a acionista ou grupo de acionistas vinculados por acordo de votos que detenham mais do que 50% (cinqüenta por cento) das ações com direito de voto o direito de eleger conselheiros em número igual ao dos eleitos pelos demais acionistas, mais um, independentemente do número de conselheiros que, segundo o estatuto, componha o órgão.

A CVM também tem se debruçado sobre o tema e com ênfase têm punido os que executam a transmissão de informações tidas como privilegiadas.[149] Para tanto,

[149] Em matéria publicada no Jornal Valor Econômico, na data do dia 30/07/2010, intitulada “CVM discute avanço em convênio com autoridades para punir crimes”, de autoria de Juliana Ennes é possível perceber qual a posição adotada pela CVM no que diz respeito aos “crimes” de se relacionam a divulgação de informação privilegiada. Nesse sentido: A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) quer fazer com que o convênio realizado com o Ministério Público (MP) e a Polícia Federal (PF) se torne mais automático para os agentes que atuam diretamente nas investigações. Apesar de a CVM já estar atuando em conjunto com o MP desde 2008, é preciso fazer um trabalho para mostrar que há caminhos diferenciados de atuação na apuração dos fatos, seguindo a linha da autarquia, afirma o procurador-chefe da Procuradoria Federal Especializada da CVM, Alexandre Pinheiro dos Santos. Para ele, a parceria CVM-PF-MP já dá certo quando inclui pessoas que têm consciência da potencialidade da união. "Mas precisamos disseminar a importância dessa parceria", diz Santos. A autarquia atua por meio de processos administrativos para apurar as infrações, mas que podem ser encerrados mediante termos de compromisso com os investigados. Isso, contanto que a CVM consiga fazer parar a atividade considerada ilícita e corrigir as irregularidades, com indenização de prejuízos. De acordo com procurador-chefe, modelos regulatórios punitivos, com instrumentos alternativos como o termo de compromisso, aumentam a previsibilidade da pena para o próprio acusado. "E, com a possibilidade de suspensão do processo, se o MP avaliar que as penas alternativas são adequadas, o Estado se beneficia, com menor gasto de recursos", diz. Isso acontece mesmo se o processo for seguido de outras fases além da administrativa, como a criminal por exemplo, porque ele se torna mais rápido e coordenado, diz. Santos acredita ainda que, no caso em que for mantido um processo penal, o acusado merece tratamento diferenciado por já ter negociado uma saída amigável. Em 2005, a CVM celebrava em média cinco acordos por ano. Já em 2008 foram 64 termos de compromisso. Este ano, até o fim de junho, já são 35 firmados”. Diante de tais informações, cabe mencionar também que, no Brasil, não se adota a punição penal quando em curso o termo de conduta realizado entre o *insider* e a CVM, de tal sorte que,

a mesma tem se utilizado de Instruções Normativas que traçam as diretrizes a serem seguidas por aqueles que atuam no mercado de capitais. Nesse sentido, cabe destacar o posicionamento da CVM frente ao assunto. Nesse sentido:

> **APRECIAÇÃO DE PROPOSTA DE TERMO DE COMPROMISSO - PAS RJ2007/11305 – BANCO NOSSA CAIXA S.A.** Reg. nº 6043/08. Relator: SGE
> Trata-se de proposta de Termo de Compromisso no âmbito do Processo Administrativo Sancionador de Termo de Acusação n° RJ2007/11305, apresentado pela Superintendência de Relações com Empresas - SEP em face do Sr. Cláudio Salvador Lembo**,** na qualidade de Governador e representante do Estado de São Paulo, acionista controlador do Banco Nossa Caixa S.A.
> O processo administrativo sancionador originou-se do Proc. nº RJ2006/7564, instaurado em 04.10.06 para tratar de irregularidade detectada quanto à divulgação de informação referente ao cancelamento da Oferta Pública de Ações Ordinárias do Banco Nossa Caixa, durante a realização do pregão da BOVESPA do dia 03.10.06 e antes de divulgado o respectivo Fato Relevante ao mercado, o que caracteriza infração ao art.8º da Instrução CVM nº358/02, por não ter sido preservado sigilo da informação antes da divulgação do Fato Relevante. Adicionalmente, foi formulada acusação de infração ao §1º do art. 3º da Instrução CVM nº 358/02, na medida em que o DRI do Banco Nossa Caixa não foi comunicado sobre o cancelamento da Oferta, a fim de que este providenciasse a divulgação de fato relevante antes da entrevista coletiva.
> Devidamente intimado, o Sr. Cláudio Lembo protocolou tempestivamente suas razões de defesa, bem como proposta de celebração de Termo de Compromisso, na qual se comprometeu a publicar declaração reconhecendo a importância de as informações sensíveis e relevantes serem informadas corretamente, no seu devido tempo e de acordo com as normas que regulam a divulgação de informações.
> O Comitê de Termo de Compromisso, a respeito da orientação do Colegiado no sentido de que, em atendimento à finalidade preventiva do instituto, as propostas de Termo de Compromisso não destinadas à indenização individual de prejuízos devem contemplar obrigação suficiente para fins de desestimular a prática de condutas semelhantes, aduziu que nos precedentes recentes de divulgação de informações sobre fato relevante foram firmados compromissos de pagamento da ordem de R$ 100 mil, revertidos em benefício do mercado. Tendo em vista a ausência de obrigação condizente com tais precedentes, o Comitê propôs a rejeição da proposta apresentada, concluindo que a mesma seria desproporcional à reprovabilidade da conduta que lhe foi imputada, não se mostrando adequada ao instituto do Termo de Compromisso, para fins de sua aceitação.
> O Colegiado, no entanto, considerou que o caráter sócio-educativo da manifestação expressa de um ex-mandatário, no sentido de que os demais Órgãos Políticos, quando na qualidade de representantes do acionista controlador estatal, devem estrita sujeição ao canal institucional de comunicação de atos ou fatos considerados relevantes para a companhia aberta sujeita a controle estatal, firmando precedente de cunho pedagógico direcionado aos mandatários, para que estes tenham ciência de sua subsunção às normas da CVM, e de que estas mitigam a legalidade e a publicidade das declarações dos Órgãos Políticos, não os isentando das responsabilidades delas advindas, poderia ser medida capaz de nortear a atuação dos participantes do mercado de valores mobiliários, tomando-se em consideração o grau de publicidade alcançado.
> Em face do acima exposto, o Colegiado entendeu que a proposta apresentada se mostra conveniente e oportuna, e que, embora não contemple prestação pecuniária, justifica-se, no caso, a sua substituição por medida que igualmente se prestará a desestimular a prática de conduta semelhante. Nesses termos, o Colegiado deliberou pela aceitação da proposta de Termo de Compromisso apresentada pelo Sr. Cláudio Salvador Lembo, ressaltando que o termo assinado deverá prever a

---

diferentemente do que ocorre na Espanha, por exemplo, não há uma dupla esfera punitiva, não havendo, portanto, *bis in idem*.

> obrigação de, além de enviar aos atuais governadores de Estado a declaração proposta, atender a veículos de imprensa que procurem o proponente para tratar do assunto, bem como que a CVM pode tornar pública a declaração da forma que entender cabível.
> A respeito do texto da declaração a ser divulgada, o Colegiado aprovou declaração nos seguintes termos:
> *"Na qualidade de ex-governador do Estado de São Paulo, o declarante reconhece que o bom funcionamento do mercado de capitais pressupõe a oportuna e correta divulgação de informações capazes de influenciar a cotação dos valores mobiliários de emissão de companhias abertas sob controle estatal, mesmo quando digam respeito a fato conhecido em razão do exercício de cargo público, ou decorram de decisão de governo tomada fora do âmbito societário.*
> ***Há de se ter em mente que o fato de se tratar de sociedade de economia mista não mitiga o dever de guardar sigilo ou de promover a divulgação imediata e isonômica de atos ou fatos considerados relevantes, nos termos da legislação aplicável, especialmente da regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM referente ao assunto.***
> *O declarante exorta todos os agentes políticos e gestores públicos a atuarem sempre de forma articulada com os canais institucionais da companhia aberta, especialmente com o Diretor de Relações com Investidores, notadamente quando for necessário ou conveniente, sob o ponto de vista político ou administrativo, dar publicidade a eventos relativos, em alguma medida, às operações sociais ou a mudanças na estrutura da propriedade acionária. Aliás, em relação a tais eventos e na exata medida da sua possível repercussão no âmbito da companhia aberta, o Diretor de Relações com Investidores deve ser sempre informado o mais cedo possível, até para que possa acompanhar de perto o desenvolvimento dos fatos e a situação do mercado e, tempestivamente, cumprir fielmente os seus deveres legais e regulamentares.*
> *No contexto acima, é* ***preciso sopesar permanentemente os deveres dos agentes públicos decorrentes do princípio constitucional da publicidade e das regras de confidencialidade no âmbito da Administração Pública e as regras especiais de divulgação e sigilo aplicáveis às companhias que apelam à poupança popular,*** *para que seja possível, em cada caso, encontrar o ponto exato no qual todos os relevantes interesses envolvidos sejam plenamente observados.*
> *Enfim, o declarante reconhece que informações que possam ter impacto sobre a companhia aberta de economia mista devem,* ***antes de serem aventadas publicamente pelo agente público, ser transmitidas ao mercado e à CVM pela própria companhia, por meio de sua administração."***
> O Colegiado fixou, ainda, o prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da publicação do Termo no Diário Oficial da União, para o cumprimento da obrigação assumida pelo proponente, designando a Superintendência de Relações com Empresas - SEP como responsável por atestar o cumprimento da obrigação assumida pelo proponente. (grifo nosso)

Retomando a questão da informação nas relações negociais societárias, interessante observação é feita por Ana Paula de Barcellos quando trata do tema que aborda a questão do controle social:

> "[...] o desinteresse é alimentado pela falta de informação sobre as questões públicas. Esse é um ponto fundamental. Como as pessoas poderão concordar ou discordar de políticas que ignoram ou de prioridades que desconhecem? Como avaliar a ação de um governo se não se sabe quais eram as metas pretendidas e o resultado esperado e nem se as metas e o resultado referidos foram ou não afinal alcançados e por quais razões? Como saber em quem votar se quase tudo o que há em matéria de informação são chavões, palavras de ordem e jingles adocicados? Como comparar as propostas dos diferentes candidatos e partidos se elas não existem ou se, quando existem, não são levadas ao conhecimento público?"[150]

[150] BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação, p. 9. E ainda: "Idealmente, além de acompanhar a atuação dos

Transportando a idéia do controle social para o âmbito do direito societário é possível observar que não há grades observações a serem feitas. Os problemas enfrentados são os mesmos no que diz respeito à obtenção de informação. Regra geral, as estatais atuam em conformidade com os interesses governamentais e as tais políticas públicas individuais traçadas pelos entes federados acarretam igualmente total desinformação do indivíduo, que ao fim e ao cabo é o destinatário final da atividade empresarial, seja como participante no capital social, seja como usuário e/ou beneficiário de tal atividade. O fato é que a dificuldade em obter informação por parte do cidadão obviamente que reflete no atuar da companhia. Nesse ponto pode-se retornar ao fato antes mencionado de que os administradores dominam as técnicas e as informações, são *experts* que substituíram, pode-se assim dizer, a soberania real das assembléias dos acionistas. Ou seja, os administradores tomaram pra si a tomada de decisões, submetendo aos acionistas apenas um breve conhecimento de informações transcritas em documentos, a mais das vezes, incompreensíveis por parte da grande maioria votante. A situação se mostra ainda mais temerária quando o controle se confunde com essa maioria.

Ao versar sobre o princípio da informação, Ana Paula de Barcellos assim se posiciona:

> O direito correspondente a esse dever de publicidade é, sem dúvida, o direito à informação. A Constituição assegura um direito geral à informação e, em particular, um direito à informação sobre a ação estatal. Ou seja: uma vez descumprido pelo Estado o dever de publicidade, surge para os indivíduos a pretensão de exigir a informação. É possível identificar manifestações individuais, coletivas e difusas desse direito. Com efeito, após uma solicitação administrativa infrutífera, um indivíduo poderá ingressar com uma demanda postulando determinada informação.[151]

---

membros do Legislativo e dos Chefes do Executivo, o cidadão deveria também ter conhecimento das ações de cada uma dessas estruturas administrativas, para poder fazer as avaliações que entender pertinentes e tomar as decisões político-eleitorais que julgar próprias. Entretanto, considerando o volume e a complexidade da atuação do Estado – e, a fortiori, das informações sobre essa atuação –, essa assertiva parece inteiramente irreal e inviável. Com efeito, nem mesmo alguém que dedicasse sua vida integralmente a esse acompanhamento seria capaz de monitorar todas as entidades e órgãos públicos brasileiros, dos três níveis federativos. Reduzir substancialmente o tamanho do Estado e simplificar sua estrutura não são opções viáveis: esse é um dado com o qual será preciso lidar". In: BARCELLOS, Ana Paula de. *Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático*: algumas propostas sobre o tema da informação, p. 14.

[151] Ibidem, p.23.

Mas o fato é, conquanto pese ao Estado o dever de publicidade dos seus atos, bem como o dever de prestar informação, também no âmbito do direito societário, a informação, muitas vezes, compreende não só fato ligado ao segredo industrial, bem como ao segredo escritural. Ou seja, para ambos os temas mencionados há o dever de sigilo que se contrapõe ao direito de informação. Tal situação, no entanto, não pode ser tratada de forma simples. Embora não seja o momento propício para o devido tratamento que o tema merece, cabe apenas mencionar que tais assuntos em assembléia podem ser divulgados, o que não pode ocorrer é o uso indevido de tais informações pelo *insider.* Além do mais, a informação que se pretende abordar, especificamente no que tange ao tema proposto pelo presente trabalho, é aquela que ressalta os devidos interesses da companhia. Informações que estejam vinculadas ao amplo desenvolvimento do interesse da companhia no sentido de objeto social as quais devem ser amplamente divulgadas, ainda mais quando tais interesses estiverem relacionados a certas políticas públicas.

Dessa forma, lidar com a questão da informação na seara do direito societário quando se evidencia a participação de uma sociedade de economia mista é tarefa que merece maior atenção que a disponibilizada aos demais tipos societários. Para tanto, para que não se evidencie um tratamento desigual, ao qual nos mostramos refratário desde o inicio do trabalho, é preciso ressaltar que a análise da informação não se liga efetivamente ao tipo societário, mas, sim, ao tipo de interesse que deve predominar quando da tomada de decisões, e por certo que, tratando-se de uma sociedade de economia mista, ainda que a mesma siga os parâmetros novos de uma releitura de seu interesse público, há sim uma predominância maior do interesse público governamental.

Em matéria de *insider trading*, ressalta Júlio Barreto, que a Lei busca sancionar o *insider trading*, uso de informação relevante da companhia antes do conhecimento do mercado, pelo administrador ou por qualquer terceiro que à informação tenha acesso reservado".[152]

[152] BARRETO, Julio. O conflito de interesses entre a companhia e seus administradores. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 147.

> Vale ainda mencionar uma vez mais que o dever de sigilo esta relacionado com o direito de informação, assim, ainda de acordo com Barreto: o dever de lealdade, descrito no caput do art. 155 representa obrigação que, a um só tempo, proíbe o administrador de aproveitar as oportunidades comerciais a que tenha acesso em virtude do cargo, omitir-se no aproveitamento destas oportunidades em nome da companhia, interpor-se entre a companhia e os bens ou direitos que lhe seja necessário, conveniente ou oportuno adquirir e de revelar, divulgar ou usar, em benefício próprio ou de terceiros, informações sigilosas da companhia. Servir com lealdade, na dicção legal, portanto, significa adotar postura ativa na proteção da companhia e lhe destinar todos os benefícios porventura alcançados pelo administrador em sua atividade.[153]

Assim, não basta questionar apenas a aplicação das regras privadas no âmbito das sociedades de economia mista, mas efetivamente como se fazer cumprir determinadas regras que a elas se impõe, mas que não surtem efeito no plano prático.

4. 3 Conflito de interesses

Cabe mencionar que ao administrador é vedado usar as oportunidades que lhe surjam em vista do cargo de direção, devendo permanecer leal ao cumprimento dos interesses da companhia. Assim, não pode ele sobrepor o seu interesse ao da companhia, sob pena sob pena de ilicitude. Tampouco pode o administrador negociar em seu benefício ou de outrem no momento em que surgir a oportunidade de negociar em prol da companhia. Deve o administrador, portanto, agir em proveito da companhia, vez que o mesmo decide pelos atos da empresa e, assim, deve agir em função dos interesses societários e não em função de seu interesse particular.

Dessa forma, diante do exposto, o não conflito de interesses pode ser incluído como um dever do administrador. De acordo com o art. 156 da lei anonimária que “veda o administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a

[153] Ibidem, p. 147-148.

natureza e extensão do seu interesse", pode-se compreender que o não conflito, portanto, representa também um dever ao administrador. É, outrossim, uma complementação do dever de lealdade, de não intervir nos negócios sociais com interesse próprio. E eis aqui mais um elemento que chama a atenção em matéria de sociedade de economia mista, uma vez que, na prática, o interesse que se sobrepõe é o do Estado e não efetivamente o da companhia.[154] Assim, diante de tal fato, retomamos a discussão já apresentada de que os administradores e controladores das estatais, mais especificamente das sociedades de economia mista consideram ser mais relevantes a observação dos interesses do Estado do que verdadeiramente o interesse da companhia em si. Lembrando, ainda, que nesses termos de companhia em si encontram-se os interesses dos sócios minoritários.

Deve ser ressaltado, entretanto, que a norma autoriza ao administrador contratar com a companhia, mas desde que em condições razoáveis ou eqüitativas, idênticas à que as que seriam com terceiros ou que sejam do valor de mercado (§ 1º). Se tal determinação não for levada a sério o ato será anulável e o administrado deverá transferir, obrigatoriamente, para a companhia as vantagens que dele tiver auferido (§ 2º).

O artigo 157 da lei anonimária, portanto, reverencia o dever de informar, reduzindo, em tese, a assimetria informativa entre as diversas classes de acionistas. Além disso, proporciona, também em tese, a igualdade perante a informação, fazendo com que o haja consentimento através de informações aos acionistas e terceiros eventualmente atingidos ou passíveis de ser atingidos pelas operações em nível administrativo. Dessa forma, considerando ser um dever amplo, o que se pode perceber que o mesmo tem o escopo de proporcionar ao mesmo tempo informação aos acionistas e validar as operações face aos administradores, isto é, gera uma simetria e igualdade em relação às operações societárias e o acesso à informação.

Deve também ser observado que o referido art.157, no que diz respeito ao administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou

[154] Sobre o tema, veja o recente caso da ingerência governamental na Vale. Lembrando, no entanto, que a Vale é uma companhia privada que tem a União como acionista.

do mesmo grupo, de que seja titular. Tal fato faz com que se possa efetivamente sopesar no caso concreto se eventualmente houve desvio de conduta pelo administrador frente à sua gestão. Ressalta-se, ainda, que tal dever vem de encontro a uma conduta que destaca a fidúcia existente entre os controladores/administradores e os minoritários/investidores. É, sem sombra de dúvidas, elementos que retratam confiança negocial, punindo, outrossim, comportamentos desleais e contraditórios. Além disso, a boa-fé que envolve o dever de lealdade mantém a estabilidade do mercado acionário, permitindo uma maior harmonização entre os interesses conflitantes por natureza dos acionistas controladores e dos acionistas minoritários.

Não se pode olvidar que a administração da companhia, por óbvio, incumbe ao conselho de administração e a diretoria, nos termos do art. 138 da lei anonimária. Assim, por um lado, face ao comando legal é perceptível que há uma relação de poderes delegados, advindos da relação contratualista. Diante disso, é fácil perceber também que os mesmos agem em nome dos acionistas e não em nome próprio, haja vista serem poderem advindos de mandatos, uma vez que os mesmos são eleitos pelos acionistas. No entanto, em termos de sociedade de economia mista, tal fato não se sucede de forma tão simples assim. Por outro lado, os organicistas defendem que a gestão da companhia é decorrente de lei e não de mero contrato – posição adota pelo sistema pátrio – de tal forma que a responsabilidade se transporta do campo contratual para o dos ilícitos civis. Diante disso, considerando uma posição de conflito entre administrador e companhia, e que tal conflito envolve o Estado, poderíamos então dizer que tal responsabilidade pelo desvio seria um ato de conduta atípica do administrador público e que acarretaria uma responsabilidade objetiva do Estado em um primeiro momento. No entanto, não é isso que se percebe na prática da administração pública de sociedade de economia mista. Regra geral, o ato é pessoal e não estatal.[155] Deve ser observado, ainda, que a responsabilidade

[155] No entender de Carvalhosa, uma vez fundada na organização dos aparelhos do Estado, cabe lembrar que, na esfera pública, inexiste relação intersubjetiva entre o determinado poder e seus órgãos. Além disso, acentua que os órgãos são juridicamente irresponsáveis, respondendo a pessoa jurídica de direito público perante terceiros. Não obstante, os titulares dos órgãos governamentais são responsáveis perante a pessoa jurídica de direito público. Tem o titular do respectivo cargo deveres e responsabilidades pessoais, não só de caráter funcional, como também patrimonial, na condução dos negócios públicos sob sua responsabilidade. Há, conseqüentemente, uma dualidade entre o órgão e seus titulares, pessoas físicas.

dos administradores deve ser de acordo com o comando do art. 158 da lei das sociedades anônimas.[156]

Deve ser ressaltado que o controle das estatais, e em especial das sociedades de economia mista se dá nos termos do que prevê o art. 19 do Decreto 200/69. Assim, cabe mencionar que as sociedades de economia mista estão sujeitas a supervisão do Ministro ao qual se encontram vinculadas. A supervisão pode ocorrer de maneira direta ou indireta, e deverão ser orientadas, coordenadas e controladas nos termos do art. 26 do referido decreto. Ainda deve ser acrescido que a política adotada pelo governo faz parte das normas a serem seguidas pelas estatais, a fim de que se alcance uma maior eficiência. No entanto, devemos ressaltar que isso não ocorre de maneira tão clara como parece ser a intenção do legislador. Reafirmamos novamente que as políticas públicas às quais deveriam estar sujeitas as sociedades são, em regra, meios escusos de determinados ocupantes de cargos públicos realizarem seus próprios projetos. Sendo assim, a tão propalada eficiência e atendimento ao interesse público, uma vez mais, cai por terra. Não é necessário arrolar fatos aos quais se pode comprovar o afirmado acima, basta que se leia o jornal diariamente para que sejam identificadas as mais variadas formas de desvio da função do administrador público de um companhia em razão de interesses não só pessoais como também partidários.

Tal fato, portanto, só ressalta a necessidade de independência das sociedades de economia mista, visto que na composição de seu capital social há interesses outros que não os meramente políticos, mas que envolvem, por vezes, ainda que considerado um sistema ainda primário de mercado de capitais, o brasileiro, o mesmo conta com participação de acionistas investidores que se

---

[156] artigo 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:
I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
II – com violação da lei ou do estatuto.
Do artigo acima exposto, extraímos duas correntes de responsabilidade aos administradores, que são objeto do presente estudo. O inciso primeiro está relacionado ao prejuízo causado por culpa ou dolo do agente, enquanto o segundo referencia à violação da lei ou do estatuto. Fabio Ulhoa, assim os descreve: “Em relação à primeira (inciso I), é unânime a doutrina ao afirmar que a previsão legal imputa aos administradores responsabilidade subjetiva do tipo clássico; isto é, ao demandante cabe a prova do procedimento culposo do demandado. Quanto à segunda (inciso II), no entanto, predomina largamente o entendimento de que cuida a hipótese legal de responsabilidade subjetiva com presunção de culpa, havendo também quem a considere objetiva.” Por outro lado, Modesto Carvalhosa os entende como sendo da teoria objetiva.

socorrem deste instrumento como forma de capitalização de seus recursos individuais, por vezes economias de uma vida toda que não podem ser colocadas e utilizadas em prol de interesses políticos apenas. Ainda que se possa visualizar um interesse eminentemente privado e individual, este é muito mais justificável que o desvio de função da coisa pública, aliás, este injustificado sob todos os aspectos.

Observa-se ainda:

> para efetuar esse poder de controle além das medidas previstas em regulamento, são expressamente estabelecidas as seguintes: indicação, nomeação ou promoção, pelo Ministro, da eleição dos dirigentes das empresas estatais; designação dos representantes do Governo nas assembléias gerais e órgãos de administração ou controle da entidade; recebimento de relatórios, boletins, balanços e balancetes que permitam acompanhar a atividade da pessoa e execução tanto do orçamento-programa quanto da programação financeira aprovados pelo Governo; aprovação de contas, relatórios e balanços; fixação das despesas de pessoal, de administração, de gastos com publicidade, divulgação e relações públicas; realização de auditoria e periódica avaliação de rendimento e produtividade, bem como intervenção na pessoa, por motivo de interesse público. Além deste controle efetuado na esfera da própria Administração Pública, as empresas estatais submetem-se ao Tribunal de Contas. As estatais ainda poderão ser alvo da ação popular, como ocorre com as autarquias.[157]

Sobre o conflito de interesses, cabe também destacar que a regra de conflito, conforme prevista no art. 115, § 1º da LSA, possui uma dimensão material e outra formal. De acordo com sua dimensão formal, o controlador não pode exercer o direito de voto quando seu interesse privado estiver em conflito com o interesse da companhia. Conforme sua dimensão material, o controlador pode exercer o direito de voto, mas se o voto levar a uma decisão contrária aos interesses da companhia será anulado. De acordo com o critério formal, o conflito de interesses é resolvido antes da própria deliberação assemblear. Em conformidade com o critério material, o conflito é resolvido apenas após o momento deliberativo.

Também em relação ao conflito de interesses deve ser observado que a CVM tem se posicionado no sentido de aplicar ora a regra de conflito formal, ora a material. Nesse sentido:

---

[157]Cf. Barbara Marques vieira. Disponível em:<http://www.franca.unesp.br/Barbara_Marques_Vieira.pdf>.

> A polêmica ocorre na análise dos casos concretos, pois não há um critério objetivo unânime que distinga hipóteses 'que puderem beneficiar [o acionista] de modo particular' e hipóteses em que o 'interesse [do acionista seja] conflitante com o da companhia' (§ 1º do art. 115). Parcela da doutrina jurídica entende que, nesta última hipótese, é possível que o voto seja dado e, posteriormente, seja analisada a sua validade. Em resumo: é razoavelmente pacífico que a hipótese de benefício particular é diferente da hipótese de conflito de interesses, no texto do art. 115, § 1º, da Lei 6.404/76. Também é razoavelmente pacífico que em caso de benefício particular o acionista está previamente impedido de votar. Mas é normalmente difícil distinguir as hipóteses de benefício particular das hipóteses de conflito de interesses.[158]

Vale mencionar que a CVM já se posicionou no sentido de defender que a regra estampada no art. 156 da lei anonimária representa um conflito presumido. Nesse sentido:

> [...] o conflito de interesses é, no caso do art. 156 da Lei 6.404/76, presumido, isto é, independe de análise do caso concreto a sua aplicação, restando aos administradores da companhia impedidos de participar de qualquer tratativa ou deliberação referente a uma determinada operação em que figure como contraparte da companhia ou pela qual seja beneficiado, independentemente se está a se perseguir o interesse social ou não.[159]

[158] Sobre a questão especificamente de ser o conflito formal ou material conferir o Parecer de Orientação n. 34, de 18.08.2006, da Comissão de Valores Mobiliários, no qual consta a afirmação destacada. Cabe ainda lembrar que o assunto é examinado na doutrina nacional por CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das sociedades anônimas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 2; SALOMAO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2002, dentre outros.

[159] Processo CVM n. RJ2004/5494, Colegiado, rel. Wladimir castelo Branco Castro, 16.12.2004. disponível em : <www.cvm.gov.br>.

5. O "META-INTERESSE" SOCIAL COMO PARÂMETRO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA EXPLORADORAS DE ATIVIDADES ECONÔMICAS

5.1 O meta-interesse

Diante da perspectiva constitucional, ressalta-se uma vez mais, que a intervenção do Estado na economia, como empresário, explorador direto da atividade econômica, sofre limites que foram impostos pelo próprio constituinte, de tal forma que não cabe ao legislador infraconstitucional, ainda que buscando uma fundamentação na Carta Constitucional, estabelecer qual/ou quando determinada atividade será ou não tida por econômica. E mais ainda, não cabe a ele excepcionar o que não foi pelo constituinte excepcionado. Assim, deve ser compreendida como regra maior, a determinação de que o Estado não deve intervir na economia sem a devida autorização e em momentos bem específicos. Quando a Constituição estabelece que a lei deve autorizar a criação da sociedade de economia mista (art.37, XIX) ela apenas determina que, quando prevista a excepcionalidade nos termos do art. 173, caput, da Constituição Federal, a lei devera autorizar a criação da sociedade de economia mista, mas isso não significa que sobre ela deverá predominar o interesse público, e menos ainda o interesse específico do ente público, detentor do poder de controle. Vale dizer, nos termos compreendidos, ainda que seja o de um interesse público primário não poderá haver sobreposição. O interesse há de ser, efetivamente, um meta-interesse.

O meta-interesse é um interesse específico que nasce da união público-privada e diz respeito ao interesse da companhia (é o equilíbrio dos interesses divergentes). Dessa forma, não se defende o entendimento de que o interesse da companhia se identifica com o interesse do Estado. Que a companhia deve visar o interesse da coletividade exclusivamente ou prioritariamente. O interesse coletivo, entendido como interesse público, é interesse que justifica a criação da sociedade de economia mista, conforme exige o Texto constitucional (art.173, caput). No entanto, a partir do momento em que a companhia é criada, e assume personalidade

de direito privado, não pode mais ser gerida como se coisa pública exclusiva fosse. O interesse público, em sentido estrito, portanto, exaure-se na lei que “cria” a sociedade de economia mista. A partir da sua existência, os interesses que se conflitarem deverão ser ponderados no caso concreto e de acordo com a atividade prestada pela companhia. O meta-interesse é justamente o resultado da prévia ponderação de interesses existente entre o público e o privado, podendo, em certos casos, até mesmo limitar direitos fundamentais individuais, mas desde que em atendimento a direitos fundamentais sociais. O interesse da companhia é, portanto, um meta-interesse: não é público e nem privado.[160]

A sociedade de economia mista não pode ser tratada como ente da Administração Pública Indireta, ainda mais quando se defende a constituição de uma sociedade de economia mista a partir da aquisição do poder de controle por parte do ente federativo. A economia mista há que ser tratada como sociedade privada para que haja um melhor e mais efetivo controle sobre mesma. Considerando que os interesses em jogo não se confundem com os interesses políticos e sim com os interesses da coletividade no seu sentido mais amplo possível, imperiosa a fiscalização por órgãos privados, tal como a CVM (comissão de valores mobiliários). Ressalta-se também que a não exigência de licitação e mesmo de concurso público se fazem necessários. O modelo que hoje temos de sociedade de economia mista, embora possua uma gama de normas dirigidas à Administração Pública na Constituição, não responde mais as necessidades de um Estado empresário. Tal como a sua denominação, como empresário deve ser tratado. A atuação das sociedades de economia mista já demonstra na prática que o modelo não segue as regras determinadas, de tal sorte que acabam gerando um prejuízo ainda maior aos cofres públicos, sem contar com o prejuízo que esbarra na confiança das instituições.

---

[160] Considerando que a atividade prestada pela companhia não comporta a modalidade de serviço público, o Estado não pode obrigar-se a agir de conformidade com seus interesses e nem gerir a coisa privada como se coisa exclusiva sua fosse. A sua interferência na gestão da empresa deve se reduzir ao interesse previamente estabelecido entre os demais sócios, que compreendem a parcela privada do capital. Seu comprometimento maior deve ser este e não o de que a companhia é instrumento de realização de metas governamentais a serem alcançadas. Para interferir na gestão da companhia em prol das suas metas de políticas públicas o Estado possui outros meios, podendo, inclusive, se valer das agências reguladoras independentes e de leis específicas e setorizadas (destinadas a setores específicos da economia) que comportem o universo no qual a companhia se insere. A sociedade de economia mista é autorizada, nos moldes do que exige o art. 173 da Constituição Federal brasileira.

Ultrapassada a barreira autorizativa, não há que se falar mais também em interesse público, nos termos do art. 238 da LSA como comando normativo que norteia a tomada de decisões de uma sociedade de economia mista. Vários são os motivos que impedem a extensão da aplicação de uma leitura fechada de tal comando. Uma delas é a que exige que o interesse público há de ser aquele que fundamentou o pedido de autorização da criação da sociedade de economia mista. Em contra partida, tamanha a reforma sofrida por inúmeras sociedades de economia mista no conteúdo de seus estatutos que fica quase que impossível observar, senão através de um processo de historicidade da própria companhia, e descobrir efetivamente qual foi o interesse público que norteou a sua autorização e o que atualmente rege a mesma. Pode ser que, em tese, nem mesmo o interesse público insculpido no pedido da autorização de sua criação ainda subsista como elemento de determinada exploração de serviço público, restando, portanto, inócuo o mesmo. Dito de outra forma, se não mais existe o interesse público tal qual como aquele que se fez presente no momento do pedido de autorização, há efetivamente razão que assista a manutenção de tal companhia, vez que o interesse público não mais se faz presente? Certamente que não. Por isso é que se afirma, uma vez mais: o interesse público, mutante que é não pode se estender para além do pedido de autorização para a criação da sociedade de economia mista. Ao contrário, deve ser compreendido em sua limitação temporal autorizativa e nada mais. Não podendo sofrer as influências governamentais que se apresentam a cada governo que se estabelece. Se o interesse é público, deve ser limitado ao tempo e ao espaço concretos. Daí para frente, o comando da sociedade de economia mista há de ser o meta-interesse, não mais o interesse público, pois este demonstra ser incapaz de solucionar os conflitos. Ao contrario, o interesse público, *lato sensu*, tem se mostrado como elemento que assevera o processo de desgaste das instituições, não permitindo a musicalidade necessária ao desenvolvimento harmônico das instituições e seus governantes, tampouco com seus governados. É, outrossim, elemento de discórdia e sobreposição de interesses outros que não o público efetivamente.

Tal afirmação se dá não só em face do princípio da livre iniciativa, como também, em razão do tratamento paritário que se deve atribuir às sociedades que

atuam na esfera econômica. Ou seja, o interesse público que fundamenta a autorização da sociedade de economia mista se extingue quando a mesma é criada, pois estou a me referir a uma atividade econômica exercida pelo Estado, ou em termos melhores, que possui como participante majoritário do poder de controle qualquer um dos entes da federação. As prerrogativas do direito administrativo devem ceder diante do direito empresarial privado[161].

O meta-interesse, portanto, não é nem interesse público, nem interesse privado, tampouco pode ser o somatório dos dois. Ao contrário é o resultado vetorial que anula a incidência do direito administrativo sobre o direito privado, uma vez que o próprio Estado de direito tem por fundamento a livre iniciativa, que, contrário senso, não é concedida ao Estado amplamente, pois se assim fosse, não teríamos um Estado democrático de direito mas, sim, um Estado outro. É justamente na quebra da hegemonia do interesse público sobre o interesse privado nas relações econômicas que se pauta o meta-interesse, pois não há principio da isonomia que se sustente diante da intervenção do Estado na economia, tal qual como ocorre nos dias de hoje sem que se respeite a força normativa da Constituição.

O meta-interesse é o que proporciona ao Estado uma intervenção na esfera econômica de maneira mais coerente e paritária, sem a prerrogativa de que sobre as suas atividades recaíram normas de direito público que impossibilitaram uma concorrência sadia. Vale dizer, por exemplo, no caso de quebra de uma sociedade de economia mista, tem-se, hoje, por determinação da Lei de Recuperação de Empresas – Lei n. 11.101/2005, a impossibilidade da mesma se submeter a tal regime. Pois bem, se é para aplicar as normas de direito privado às sociedades de economia mista, ao moldes do que preceitua a Constituição, nos termos do art. 173, III, qual o suporte que proíbe a sua falência? Certamente que é a tal esquizofrenia anteriormente mencionada! Assim, não há mais como suportar em termos de implementação de regras concorrenciais equilibradas tamanha incoerência de normas. Ou bem se é pública, ou bem se é privada.

---

[161] Deve ser observado que para Mario Engler Pinto Júnior a situação se apresenta evidentemente de forma diversa. De acordo com o autor, “Em lugar da crítica pura e simples, pretende-se adotar postura construtiva e oferecer sugestões para aprimorar o desempenho da empresa estatal, sem perder de vista sua vocação de servir a finalidades publicistas. Não se nega, por outro lado, que a exposição moderada da empresa estatal ao ambiente de concorrência e aos estímulos do mercado de capitais possa contribuir positivamente para o cumprimento de seu elevado propósito institucional”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler, op. cit., p. 20)

Portanto, as sociedades de economia mista, aos moldes do que se apresentam hoje, e no movimento de liberdade que elas vêm ocupando em termos de autonomia frente aos comandos normativos de direito administrativo, como, por exemplo, a não obrigatoriedade de licitação para certos casos, porque não a libertar efetivamente das amarras do Executivo, de sorte a não mais pertencerem aos quadros de órgãos descentralizados da administração pública de maneira geral.

O meta-interesse é o cerne da autonomia das sociedades de economia mista. É através do seu reconhecimento que o Estado passa a ser livre para empreender e investir. O interesse público que até então norteia as atividades administrativas não há que preponderar. Serve ele, como outrora afirmado, como elemento de autorização para a criação da sociedade de economia mista. Uma vez criada, segue ela os parâmetros estabelecidos não mais pelas regras da Administração, ou à Administração dirigidas, mas sim pelas regras estatutárias criadas e em decorrência do interesse da companhia, que ao fim tende a ser o próprio meta-interesse, e não mais o interesse público.

Nesse sentido, se seguida a nova interpretação aos parâmetros de aplicação do interesse público, pode-se destacar que, em casos nos quais a companhia celebrar contrato e dependendo da relevância, ser ele realizado pelo conselho de administração e não pela diretoria, em havendo um interesse paralelo do administrador que vai comandar ou participar efetivamente das negociações, a ele será aplicada a regra de conflito de interesses prontamente, de sorte a impedir que ele possa influenciar as próprias bases do negócio, suas condições e até mesmo o próprio interesse econômico do administrador (ou pessoa que o representa), pois pode ser divergente do interesse mesmo da companhia.

5.2 O meta-interesse e sua eficácia em relação às sociedades de economia mista

De acordo com o que vem sendo proposto neste trabalho, ou seja, uma releitura do paradigma que determina a primazia do interesse público pelo Estado quando da necessidade de tomadas de decisão, optamos por demonstrar também o que vem sendo aplicado em termos de tomada de decisões em sociedades eminentemente privadas. Afim de que se possa comprovar que o aproveitamento do que se tem em termos legislativos para aplicação no campo privado é muito mais eficiente e eficaz que a simples determinação de decidir com base no interesse público. Ressalto: ainda mais se for aquele que foge aos padrões da ética e da moral, que por vezes é muito utilizado apenas para respaldar as decisões políticas que são tomadas na seara da iniciativa privada, mas que, por comportarem um ente altamente repleto de normas de cunho publicista acaba resultando em decisões nefastas aos próprios interesses da coletividade. Vale dizer, o respaldo jurídico que se dá as normas de direito administrativo não são melhores que as de direito privado no que diz respeito, principalmente, as direcionadas as sociedades exploradoras de atividades empresariais, ou seja, atividade econômica em sentido estrito.

Para ilustrar o acima mencionado destacam-se as normas direcionadas ao mercado de capitais, de governança corporativa, as regras impostas principalmente pela comissão de valores mobiliários, com destaque ainda maior aquelas que versam sobre dever de lealdade, *insider trading*, *disclousure,* conflito de interesses e voto conflitante. Algumas delas já foram acima abordadas.

5.3 Os minoritários e a proteção de seus interesses em função da aplicação do meta-interesse

O interesse público, sendo parâmetro para a tomada de decisões no interior de uma sociedade de economia mista, deve estar respaldado em interesses efetivamente que sirvam ao público e não aos interesses de poucos. A decisão quando tomada em função da defesa dos interesses públicos, assumidas as

responsabilidades pelo Estado, quando assim ocorrer, deverá, no mínimo ser subsidiada pelo próprio ente acionista controlador. Não há que preponderar o interesse do Estado acionista sem que sejam observados os interesses também dos acionistas minoritários. Estes, ainda que não possuidores de direito de voto ou de controle efetivo da companhia, são atores que compõem o quadro geral de interesses da companhia. Assim, quando a decisão for tomada em prol do interesse público, o qual há de ser primário e não secundário, deverá ser acompanhado de uma justificativa plausível que pode ser manifestada na decisão de acordo com os parâmetros abaixo assinalados. Além disso, deve ser observado ainda que, em face da utilização do meta-interesse como modelo de interpretação a ser aplicada às sociedades de economia mista é que:

(i) Quanto mais específico o interesse público e determinável ele for, maior poderá ser a tomada de decisões no sentido de proteger o interesse nos termos do artigo 170 da Constituição Federal e não o elencado no artigo 238 da LSA.

(ii) Disso decorre que, quanto menos específico e mais distante de ser um interesse que realmente seja de interesse da coletividade menor a proteção da tomada de decisão que for em direção a tal interesse utilizado como justificativa, ainda que represente meta de políticas públicas implementadas pelo ente federativo.

(iii) A segunda parte da afirmação acima se justifica pelo item primeiro, pois se o meta-interesse coloca fim não só a utilização banalizada do interesse público, bem como a interpretação de que o administrador pode decidir de acordo com o interesse público que ensejou a criação da sociedade de economia mista. E mais, considerando que o meta-interesse também determina que o interesse público que ensejou a criação da companhia apenas é relevante no momento autorizativo de sua criação, não podendo mais servir de justificativa para as demais tomadas de decisão, não há que se falar em proteção de tal “interesse público” em particular porque o mesmo efetivamente não pode mais interferir nos caminhos a serem tomados pela companhia, pois privada ela se torna e como tal as regras que deve seguir é as destinadas ao sistema privado. O lado público da companhia deve ser observado sob a mesma ótica que o interesse público quando vinculado a uma sociedade de economia mista.

Ressalta-se ainda, que o papel dos acionistas nas companhias é diverso, não cabendo a eles, em regra, negociar as condições de um negócio a ser celebrado. Quando muito, a eles é dada a oportunidade de ratificar a decisão tomada, fato inclusive mencionado anteriormente quando mencionamos que as decisões efetivamente já saíram das mãos dos acionistas e passaram, de fato, aos administradores.[162]

Dessa forma, conforme ressalta Julio Barreto:

> Na realidade, a opção pelo critério material de aferição do conflito entre administradores da companhia decorre naturalmente doa RT. 156, que determina ao próprio administrador a abstenção de nele incorrer. Da leitura do dispositivo – repita-se uma vez mais – percebe-se ser o interesse da companhia o bem efetivamente tutelado pela Lei neste particular. Significa isto dizer que mais importante para a Lei das S.A. é o benefício da companhia do que o prejuízo do seu administrador, de modo que também aqui assume relevo a norma doa RT. 156, §1º. Ao invés de impedir pura e simplesmente o negócio e com ele a perspectiva de eventual lucro do administrador, mas também a possibilidade de benefício à companhia, preferiu a Lei autorizar a celebração do contrato entre administrador e companhia, desde que a valor de mercado.[163]

Menciona o autor também que nem a CVM e nem o judiciário "devem se imiscuir nas decisões empresariais, de onde decorre outra assertiva igualmente corriqueira de que os acionistas e, dentre eles, os controladores, seriam os melhores intérpretes do interesse social".[164] Ora, certamente que não podemos concordar com o mencionado, haja vista ser efetivamente o papel da CVM e do judiciário tutelar e zelar pelo interesse dos minoritários e da própria companhia, pois nem sempre os interesses são comuns. Quanto mais se considerarmos ainda a grande interferência governamental que a sociedade de economia mista sofre.[165]

---

[162] Fato este que pode ser recentemente exemplificado com a saída de Agnelli da Vale.
[163] BARRETO, Júlio. Op.cit., p. 218-219.
[164] Ibidem, p.222.
[165] Vale mencionar que defender a não intervenção nem da CVM e do Judiciário estaria afrontando o art. 5º, XXV, da Constituição, vez que impossibilitaria o Judiciário, especificamente, de apreciação de lesão ou ameaça a direito.

5.4 Breves comentários em relação à Petrobras e ao Banco do Brasil: simplificando situações complexas ao estremo em caráter meramente exemplificativo

Conforme mencionado anteriormente, a posição subsidiária, ora ocupada pelo Estado, é resultado de um processo de reestruturação, o qual teve início ainda na década de 1980, antes mesmo da promulgação da Carta de 1988, e que alcançou o ápice no final da década de 1990[166], mais especificamente em 1997. Merece destaque, nesse processo de reestruturação do Estado, a quebra do monopólio na área do petróleo ocasionada pela EC n.9 e pela Lei do Petróleo (Lei 9478/97). Observa-se ainda que, o fim deste monopólio instituiu não apenas um conjunto de mudanças de caráter técnico-administrativo, mas também redefiniu o papel do Estado, que vai de produtor e provedor a regulador e fiscalizador em determinado setor.[167]

Com a Lei do Petróleo ela deixa de atuar exclusivamente e passa a concorrer com outras empresas no setor de exploração e distribuição, mas ainda assim

[166] O Programa Nacional de Desestatização - PND, instituído pela Lei 8.031, de 12 de abril de 1990, tinha por objetivos fundamentais, conforme seu artigo 1º, *in verbis*: "[...] I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa". A Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997, revoga a Lei 8.031 e estabelece novas diretrizes em relação ao sistema de privatizações. Cabe também observar as palavras de Engler: "A onda de privatizações iniciada na Inglaterra na década de 80 e estendida posteriormente a outros países reduziu o interesse pelo estudo do tema, não obstante o setor público empresarial remanescente continue tendo participação significativa na economia de várias nações, inclusive o Brasil. Entrementes, os organismos multilaterais passaram a enaltecer as virtudes da moderna governança corporativa para assegurar a gestão eficiente das empresas estatais e reforçar o compromisso com a lucratividade, sem levar em conta a existência do mandato público. (Mario Engler, Op.cit.,p. 19)

[167] Conforme explica Luís Roberto Barroso, "na área do petróleo, a EC 9 rompeu, igualmente, com o monopólio estatal, facultando à União federal a contratação com empresas privadas de atividades relacionadas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação, exportação e transporte dos produtos e derivados básicos de petróleo (outrora vedados pela CF, art. 177 e §1º, e Lei 2004/51)". Cf. BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 18, p. 88-109. São Paulo: Malheiros, 1997, especificamente p. 93.

representa a maior empresa de petróleo do Brasil. Se, por um lado, a Petrobras perdeu o monopólio da exploração do petróleo, de outro, ganhou em liberdade, assumindo, cada vez mais, um caráter de "empresa privada"[168]. Da mesma forma como ocorreu com outras empresas do setor, também a Petrobras precisou adaptar-se e hoje se apresenta como uma empresa energética. Além de atuar no setor petrolífero, atua também no de energia e de gás. Para que tal mudança estratégica fosse possível algumas medidas tiveram que ser tomadas em instância legislativa. Sendo uma sociedade de economia mista, a Petrobras somente pode atuar, em algumas situações, quando devidamente autorizada por lei. E foi justamente isso que ocorreu no momento posterior a Lei do Petróleo. Atualmente a Petrobras, conforme determinado em seu objeto social, tem suas atividades expandidas para além do setor da indústria do petróleo.

Este breve comentário sobre a Petrobras serve apenas para demonstrar como uma empresa que antes atuava em regime de monopólio hoje atua em vários setores da economia, não só diretamente quanto indiretamente, como no caso de uma grande companhia investidora em atividades econômicas. A companhia, na verdade, é um bom exemplo de estatal que alberga em seu interior uma gama quase que infinita de interesses conflitantes, de tal sorte que, muitas vezes, o seu comportamento está mais para "empresa privada" que para "estatal" propriamente dita. Outras vezes, os interesses governamentais são superiores e extrapolam os interesses privados que nela se inserem, sendo utilizada como instrumento político para acertos e desacertos do governo. Não é, efetivamente, um modelo de empresa que se possa dizer "pública", tampouco se pode defender a idéia de que realmente é uma empresa que segue as regras das empresas privadas *tout court*.

[168] O caráter de "empresa privada" que ora se destaca diz respeito ao fato de que por estar competindo num sistema de livre concorrência as suas atividades devem ser direcionadas sempre de acordo com o que o mercado determina. Ou seja, não mais poderá se valer de seu recorte institucional de estatal para agir deliberadamente em um mercado que prima pela livre concorrência, devendo adequar-se ao mesmo e gerir suas atividades de forma a não prejudicar ou causar dano a estabilidade deste mercado. Aliás, é a própria Constituição que determina isto em seu art.173, §4º, *in verbis*: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". Notando, obviamente, que este tratamento dispensado à estatal é também resultante de sua personalidade jurídica de direito privado bem como da própria Constituição que no mesmo art. 173 determina que as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica estão sujeitas ao regime jurídico próprio das sociedades privadas (art. 173, §1º, II).

A participação da União, como detentora majoritária do capital acionário com direito a voto, interfere em demasia na autonomia da empresa e retira-lhe, por certo, uma suposta e aventada liberdade negocial. Tal interferência acarreta à companhia um desgaste no equilíbrio dos interesses. Pode ser lembrado, como exemplo, o fato de que a quebra do monopólio impôs à companhia a sujeição às leis de mercado, acarretando aos consumidores uma perda na capacidade aquisitiva devido ao estabelecimento do preço dos combustíveis e derivados do petróleo aos parâmetros internacionais. Tal medida fora de fundamental importância para que a companhia pudesse adentrar o mercado em regime de concorrência com as demais empresas do setor, uma vez que é em regime de livre concorrência que as estatais devem se inserir no mercado, não sendo beneficiadas ou prejudicas por serem empresas diretamente ligadas ao governo (quando, ao certo, deveriam ser de propriedade pública objetivamente e não se deixar influenciar pelo governo que se encontra no poder, o que se torna tarefa quase que impossível de ser realizada – essa já é a sua conclusão que, acho, precisa ser demonstrada. Há quem defenda que pode haver essa influência). A confusão entre controle majoritário e vontade governamental tem se mostrado cada vez mais presente, dificultando o distanciamento entre os entes independentes que se identificam na pessoa do Presidente e na pessoa jurídica de direito privado (como é o caso da Petrobras é do Banco do Brasil, aquela em especial).[169]

Lembro novamente que em se tratando de sociedade de economia mista, que exerça atividade econômica em sentido estrito, o limite da intervenção por parte do Estado ainda não está bem delimitado. Conquanto considerada ente da administração pública indireta[170], é também sujeito de direito privado, e como tal, devem incidir sobre ela as normas de direito privado, aos moldes do que determina o art.173, §1º, II da Constituição.

---

[169] Vale lembrar que recentemente houve o afastamento do Presidente do Banco do Brasil devido ao fato deste se negar a implementar as políticas determinadas pelo Executivo, a meta seria a de baixar juros em um momento de crise. Quem assumiu não só manteve por um certo período como, em seguida, aumentou-os.

[170] Cf. Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967 (alterado pelo Decreto-lei 900/1969), que considera a sociedade de economia mista como ente da administração indireta (art.4°, II, c). Além disso, conceitua a sociedade de economia mista como sendo “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” (art 5°, III). A Lei das Sociedades Anônimas (6404/76), em seu art. 235, considera que: “As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal”.

Além disso, a Constituição também determina no art. 37, XIX e XX que somente por lei será autorizada a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista. Dessa forma, a "criação" de sociedade de economia mista, além de estar sujeita a uma lei específica que autorize a sua constituição, também terá seu objeto social, tal como qualquer outra empresa, determinado no estatuto social. A atividade econômica exercida deverá estar devidamente estabelecida e autorizada, de tal sorte que não poderá a companhia exercer atividade outra que não aquela previamente estabelecida no estatuto social. Novamente, ressalta-se que a Petrobras tem o seu objeto social delimitado em lei, não podendo ela intervir na seara econômica através de subsidiárias que não obtiveram autorização para funcionarem, bem como não podem alterar o estatuto social para ampliar o rol de atividades a serem exercidas pela companhia se tal atividade não estiver previamente autorizada por lei.

E foi justamente isso que ocorreu com a Lei do Petróleo, que ao revogar inteiramente a Lei 2004/53 (lei que criou a Petrobras) impôs novos limites à atuação da Companhia. A delimitação do objeto social da Petrobras, pela nova lei que regulamenta suas atividades, não comporta interpretações para além do limite estabelecido no art. 61[171]. Dessa forma, a Petrobras não pode atuar em setores que não sejam compatíveis com seu objeto social, o qual, como bem define a lei é: "(...) a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei". O art. 64, da mesma lei, ainda considera que: "Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a Petrobras autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas". Assim, num primeiro momento, pode ser observado que a autorização legislativa para o exercício de atividade econômica pela Petrobras está restrita ao âmbito da indústria do petróleo. Já em relação ao artigo 61 d Lei do Petróleo, pode-

[171] Lei 9478/97, art. 61: "A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei".

se perceber que houve uma abertura no exercício da atividade da Petrobras em relação a outras atividades que não a restrita à área do petróleo. Como exemplo, cita-se o Decreto 3900/2001 que autorizou a Petrobras a desenvolver atividades no setor de energia elétrica. Dessa forma, o objeto social da Petrobras, ficou assim determinado em seu próprio estatuto:

> Art. 3º A Companhia tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, *além das atividades vinculadas à energia, podendo promover a pesquisa, o desenvolvimento, a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização de todas as formas de energia, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins.* (grifo nosso)
> § 1º As atividades econômicas vinculadas ao seu objeto social serão desenvolvidas pela Companhia em caráter de livre competição com outras empresas, segundo as condições de mercado, observados os demais princípios e diretrizes da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 e da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.
> § 2º A Petrobras, diretamente ou através de suas subsidiárias, associada ou não a terceiros, poderá exercer no País ou fora do território nacional *qualquer das atividades integrantes de seu objeto social.* (grifo nosso)

Cabe observar que na data em que a Petrobras foi criada, não havia uma política restrita e de proteção à livre iniciativa, bem como a um mercado efetivamente livre, havia uma série de monopólios. A intervenção do Estado, à época, era a regra.[172] Disso resultou que muitos setores agora explorados pela iniciativa privada, eram antes setores eminentemente sob o comando e monopólio do Estado. Hoje as atividades que eram consideradas monopólio do Estado e exercido diretamente por ele, como, por exemplo, o setor elétrico, o de transporte, o de saneamento, o de telefonia e o de radiodifusão já não o são mais. Porém, muitas dessas atividades econômicas são ainda consideradas modalidades de serviço público, que são exploradas por meio de concessão ou permissão.[173]

---

[172] Por todos, Luiz Carlos Bresser Pereira.

[173] Nesse sentido, "o serviço industrial ou comercial não personalizado imita os processos privados sem ser, portanto suficientemente destacados das estruturas administrativas' e 'a empresa pública, ela organismo personalizado, é o instrumento de uma doutrina econômica e tem, como uma empresa privada, uma finalidade econômica. Esta finalidade aproxima a empresa pública da empresa privada. [...] um regime jurídico diferenciado entre o que denominamos empresa pública (serviços públicos industriais ou comerciais) e o que denominamos de empresas estatais (atividades econômicas). [...] é exatamente nessa área de gestão de atividade econômica que a empresa deve ter reconhecida juridicamente sua personalidade de direito privado, em atenção ao princípio da livre iniciativa e também ao da igualdade econômica. [...] 'quando a empresa pública tem por objetivo atividades econômicas, comerciais ou industriais, não há descentralização alguma. Há intervenção do Estado na ordem econômica, há ingerência estatal no campo privado, mediante a adoção de esquemas privatísticos.' Por isso, 'dá-se mesmo o nome de gestão privada a este processo baseado nos moldes jurídicos do direito civil e do direito comercial, de que lança mão o Estado...' havendo 'enfim, competição, concorrência e não

Ainda em relação à Petrobras, especificamente, cabe ressaltar que a descoberta do que chamamos de pré-sal tem alterado e muito os conceitos e os limites de atuação da estatal, bem como acarretado uma série de discussões no âmbito legislativo que a colocam no centro dos acontecimentos. Se por um lado a coloca no epicentro de discussões políticas de relevante interesse coletivo, por outro faz com que a sociedade civil passe a exigir maior transparência de seus atos, mesmo que tal exigência tenha partido da seara política de oposição ao governo. A questão em si, não é meramente os problemas políticos que envolvem a referida estatal, mas a forma como a mesma se envolve em tais problemas. Daí a esquizofrenia do próprio ente.[174] Ou ainda, a bipolaridade da estatal que demonstra ser ela uma aberração. O que se diz da Petrobras, pode ser utilizado em qualquer outra sociedade de economia mista e em que nível federativo for, pois todas extrapolam para o imaginário consciente. É como lidar com o surreal. Já é hora de se determinarem regras mais específicas em relação a este tipo societário que se torna a cada dia que passa mais indefinido e permeado por conflitos infindáveis, seja

---

descentralização', porque' não se descentraliza o que não está no centro. [...] 'na concepção do Estado em matéria industrial e comercial devia ser excepcional', mas, de idéias que sucedem às desordens causadas pelo primeiro cataclisma mundial'; e conclui: 'a intervenção do Estado em matéria econômica é reconhecida legítima desde que ela se exerça no interesse da coletividade', estimando então que 'no conjunto, a missão econômica do Estado está definitivamente afirmada." [...] "Um tal elemento rompe o caráter puramente 'material' do serviço público e coloca em questão seu suporte doutrinário: o serviço é a tradução de um direito objetivo anterior e superior ao Estado; procurar, para defini-lo, a intenção do legislador equivale, ao contrário, fazer do direito uma criação do Estado." E a moderna dogmática jurídica deu razão, em parte, a Duguit. O direito não é só a lei. Ele tem, necessariamente, uma justificação sociológica." [...] "Materialmente, serviço público não pode ser senão aquilo que, dentro de certas circunstâncias de tempo e de lugar, tenha transcendência, pela sua necessidade e essencialidade para a comunidade, além de outros requisitos retirados da natureza das coisas; portanto é ele anterior ao Estado mesmo, porque o direito não é exclusivamente criação legal." [...] "Portanto, o serviço público é uma atividade que, por sua essencialidade para a comunidade , deve ser exercitada, em princípio e por natureza, pelo Estado e não pelos particulares destituídos da denominada *puissance publique*; mas, quando for possível ao particular gerir um serviço público material, veja-se nisto uma exceção à regra; o fato de um particular explorar uma atividade essencial, quando tal for possível, não desnatura seu valor que, não obstante, continua a conter um interesse público." [...] "Assim, o conceito de serviço público, por ser um conceito indeterminado, deve ser retirado também da natureza das coisas e não somente da vontade do legislador. Não é porque o legislador tenha outorgado o título de serviço público a uma determinada atividade econômica do Estado que automaticamente se deva considerá-la como tal. [...] A conclusão que nós retiramos destas considerações é que o serviço público, por ser uma atividade (ainda que econômica) do Estado, que é caracterizada pela natureza das coisas, como portadora de um valor superior (geral) para a comunidade, não deve ser exercido mediante o procedimento das regras comuns do direito privado." (MUKAI,Toshio, op. cit., p.174-195)

[174] Sobre a questão, vale mencionar as palavras de Mario Engler Pinto Junior: "O maior desafio que se coloca na atualidade para a empresa estatal não é propriamente como atingir e manter padrões de eficiência semelhantes ao da iniciativa privada, mas, sim, como resgatar sua verdadeira missão pública. A empresa estatal está sujeita a duas tendências disfuncionais, que necessitam ser equacionadas: (i) a priorização da busca de resultados financeiros em detrimento do legítimo interesse público; e (ii) a captura dos administradores pelos interesses subalternos da corporação. Não é por outra razão que a empresa estatal enfrenta atualmente séria crise de identidade, que, no fundo, tem a ver com as incertezas sobre o seu verdadeiro papel e a natureza dos interesses a que deve servir. A falta de compreensão dessas questões tem levado a empresa estatal a se comportar com a mesma lógica maximizadora da empresa privada, o que, por sua vez, coloca em dúvida a conveniência da manutenção do controle acionário do Estado. PINTO JUNIOR, Mario Engler, op. cit., p. 11.

de origem econômica, seja de origem política. Além disso, é notaria a ineficiência da intervenção realizada pelo TCU e pelo Ministério Público.

Definir os parâmetros privados da sociedade de economia mista parece ser tarefa mais fácil que definir a sua parcela pública. Isto é, em termos de alocação de recursos, por exemplo, qual a medida correta para que o dinheiro arrecadado pela estatal seja alocado e em que porcentagem ou em que tipo de fundo o mesmo deve ser investido para posteriormente ser dividido o que se arrecadar, por exemplo, com os lucros advindos do pré-sal; se é que eles virão. Será que o País não está projetando um futuro no que já pertence ao passado? Questão ainda a se discutir.

Cabe observar também que a questão referente à alocação de recursos, o importante é ressaltar que um país como o Brasil, em que os recursos são escassos[175], fazer um investimento de grande monta que levará anos para dar retorno e talvez nem compense o próprio investimento, acaba acirrando as discussões em relação à exploração mesma do petróleo, uma vez que além dos conflitos inerentes ao próprio petróleo há também riscos reais para a economia como um todo, sem contar que a base energética do futuro já não pode mais se fundamentar no petróleo. Outras fontes de energia já estão sendo produzidas e há uma busca incessante por obtenção de fontes energéticas limpas – ecologicamente corretas, justamente de base contrária ao petróleo – e renováveis. Talvez deslocar os investimentos para o desenvolvimento de novas energias apresente no futuro uma melhor arrecadação aos próprios cofres públicos, uma vez que o peso das conseqüências ambientais decorridas de fontes não renováveis, principalmente do petróleo, ao longo dos anos, degrada o mundo, fazendo com que catástrofes climáticas, por exemplo, acarretem aos cofres públicos um rombo maior que a prevenção se efetivamente realizada. Petróleo não se limita a combustíveis; gasolina e óleo diesel, por exemplo. A matéria prima é subdividida em várias frações e serve de insumo para uma serie de empresas que carecem do petróleo. Só que a sociedade e o meio ambiente já não suportam mais os seus efeitos que são de anti-preservação do meio ambiente para gerações futuras, e eis aqui mais um ponto que pode ser discutido em termos da constitucionalidade da continuidade da exploração

[175] Cf. GALDINO, Flávio. Introdução *À Teoria dos Custos dos Direitos* - Direitos Não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

do petróleo, conquanto o mesmo esteja posto na constituição como monopólio da União, isso não significa que deverá ser explorado e utilizado a qualquer custo. Assunto este que merece ser abordado também de maneira mais aprofundada, sob pena de se cair no ridículo se mal fundamentada a razão que faz dele inexplorável para a conservação da própria humanidade, tema que talvez para alguns pareça ser inimaginável a capacidade que o homem tem de autodestruição. Mas esse é um assunto que não cabe ser discutido aqui, apenas retrata que uma das maiores companhias do mundo é também representante no pólo de destruição, não apenas no pólo de autosustentabilidade.[176]

As grandes divergências vividas pela Petrobras, no entanto, se dão no campo de discussão entre os direitos dos acionistas minoritários. Em regra, são estes que sempre acabam sofrendo com o impacto das decisões tomadas no nível federal, ou seja, na seara política e não efetivamente no campo econômico-privado. Várias discussões já foram travadas sobre o tema, dentre os quais a questão do gasoduto Brasil-Bolívia, a estatização da Petrobras pela Venezuela, dentre os casos internos que chamam a atenção como a compra da Suzano, da Ipiranga, dentre outros.

Cada um dos exemplos acima referidos acaba incidindo sobre os minoritários e causa reflexo em seus direitos. Embora não seja entendimento pacificado, tampouco majoritário, o de que a propriedade de ações é sim versão atual de direito fundamental que deriva do direito de propriedade, o mesmo não pode simplesmente ser colocado de lado. Quando se discute no plano real das idéias e não no plano abstrato, a propriedade de ações deve sim ser respeitada como direito fundamental. O modo pelo qual o detentor do capital investe seu dinheiro há que ser respeitado, ainda que o mesmo o faça de forma especulativa. O mercado sobrevive disso. É de altos e baixos que se desenvolve o mercado de ações. Que grandes fortunas aparecem e outras tantas desaparecem. Mas é também com o investimento do pequeno proprietário de ações que o mercado tem se desenvolvido, principalmente no Brasil, país que ainda está engatinhando neste setor. O costume sempre foi de que o Estado era grande investidor. O que se tem hoje, em decorrência de vários fatores, dentre os quais a globalização, que não cabe aqui maiores discussões, é o

[176] Para exemplificar, basta lembrarmos os grandes derramamentos de óleo nos oceanos. Tema, entretanto, a ser discutido em questão ambiental e em momento oportuno. Aqui serve meramente de reflexão.

papel que vem sendo desenvolvido pela população de uma maneira geral. A poupança popular é, em verdade, o caminho que se vem buscando para o grande desenvolvimento do setor. Devido a isto também que novas regras foram criadas no mercado, justamente para proteger o pequeno e médio investidor. Complicado é explicar que o governo pega o dinheiro do povo para investir na sua parcela de capital e deixa de reconhecer que o contribuinte, ao fim e ao cabo é o destinatário final de todos os benefícios que são gerados pelas sociedades de economia mista.

O Banco do Brasil também pode ser aqui citado como exemplo de uma sociedade de economia mista que ao longo dos anos vem evoluindo em suas características de grande empreendedor e investidor. Por seguir as regras do mercado, tal qual a Petrobras, esta ele impedido, por exemplo, de utilizar um juro muito pequeno no mercado, sob pena de causar dano ao livre mercado e afrontar as regras de livre concorrência. Por ser atividade econômica em sentido estrito, a mesma segue as regras imposta ao mercado como um todo. E novamente o Estado recebe tratamento diferenciado em determinadas matérias legais em face justamente da interpretação que ainda se dá às sociedades de economia mista. Aliás, elas só apresentam seu lado de ente da administração pública indireta quando é do interesse do Estado, do contrário, ainda que seja para proteger os interesses do cidadão, são os mesmo colocados à margem e se restabelece o pacto de que são entes privados que devem concorrem em igualdade com os demais bancos.

Tanto é assim que a idéia que se tem hoje de um Estado-empresário pode ser resumido em duas respostas colhidas de dois grandes representantes de duas das maiores sociedades de economia mista do país. A resposta mais recente, dada pelo presidente do Banco do Brasil, Aldemir Bendine[177], em 27.08.2010, ao valor

[177] Sobre Bendine, a matéria de Reinaldo Azevedo, no globo on line, em 09.04.2009. Segundo Azevedo, em matéria intitulada “Novo presidente do BB é apadrinhado de Gilberto Carvalho; PT controla ainda 5 de 9 vice-presidências”, o mesmo descreve o seguinte: “Uma ascensão meteórica marca a trajetória no Banco do Brasil (BB) do funcionário de carreira Aldemir Bendine , 45 anos, que vai precisar de muita habilidade para contornar as resistências à sua nova empreitada na instituição. Apadrinhado por Gilberto Carvalho, chefe do Gabinete Pessoal do presidente Luiz Inácio Lula da Silva e cotado para presidente o PT, Bendine - que entrou no BB em 1978, como menor estagiário - foi de gerente-executivo a presidente em cerca de três anos. Dida, como Bendine é conhecido, chegou aos principais gabinetes quando virou assessor da presidência da instituição no fim da gestão de Rossano Maranhão, em 2006. Já em julho do ano seguinte assumiu a vice-presidência de Varejo e Distribuição, sem passar sequer por uma diretoria - caminho que normalmente a maioria dos altos executivos do banco faz. Dois meses depois, foi à vice-presidência de Cartões e Novos Negócios de Varejo, cargo que ocupará até o próximo dia 22. Insatisfação deve levar a renúncias no BB Sua escolha para comandar o segundo maior banco do país deixou muita gente da cúpula e da máquina do BB insatisfeita, pela forte conexão com o PT e o Palácio do Planalto. A situação é tão sensível que há, nos bastidores, a expectativa de que alguns vice-

econômico, tem impacto direto na definição da atuação do Banco do Brasil (BB). De acordo com ele, quando questionado sobre a atuação do BB no mercado, no sentido de compatibilizar o ativismo do Banco em relação ao fato do mesmo ser mais comercial do que público, a resposta por ele dada não poderia ter sido mais esclarecedora, coadunando com o que foi reincidentemente dito neste trabalho: "Como fizemos até hoje. É estar em alguns lugares onde a rentabilidade não é tão atraente para um concorrente privado, mas que o BB, dentro de um papel de agente de desenvolvimento do país, pode ir lá *desde que tenha uma rentabilidade mínima". (grifo nosso)*

Pela resposta de Bendine é fácil perceber que o interesse comercial está acima do interesse público, no sentido de corroborar com o desenvolvimento regional. De tal sorte que, se não tiver rentabilidade mínima, não vale à pena investir no desenvolvimento regional. Tal declaração só vem a confirmar o que reincidentemente venho afirmando: de que as sociedades de economia mista são apenas meios de comando, ou ainda, instrumentos que servem à política e não ao povo brasileiro e ao país efetivamente, no sentido mais apertado de interesse público mesmo.

Assim, todos os meios reservados ao cumprimento legal de desenvolvimento regional ou mesmo de investimento pela União no Banco do Brasil levam à conclusão que não pode ser compreendida de forma diversa, qual seja, de que embora uma sociedade de economia mista o mesmo atua mesmo como empresário[178], visando, portanto, o lucro, em destaque, e não o interesse público

---

presidentes possam também deixar seus cargos. Em entrevista coletiva ontem, Bendine se defendeu: - Não sou filiado a nenhum partido político - garantiu Bendine, que agradeceu ao presidente demissionário, Antonio de Lima Neto, a oportunidade de ter integrado sua equipe. A disputa, inclusive política, pela cadeira de comando do BB foi grande. Outros três vice-presidentes foram cogitados para substituir Lima Neto, boa parte com conexões partidárias: Adézio de Almeida Lima (Crédito, Controladoria e Risco Geral), ligado ao PT; Milton Luciano (Varejo e Distribuição), sem ligações políticas; e Ricardo Flores (Governo), este nomeado dentro da cota do PMDB. Seu nome, no entanto, foi descartado logo de cara porque assumiu a vice-presidência há poucos meses. PT controla cinco de nove vice-presidências do BB A configuração política dentro do BB é clara. O PT de Lula controla cinco das nove vice-presidências e, com a nomeação de Bendini, chega a ocupar o cargo principal. O PMDB fica com uma vice-presidência e três são ocupadas por executivos que não têm ligações partidárias, como a de Finanças, Mercado de Capitais e Relações com Investidores, sob o comando de Aldo Luiz Mendes. Lima Neto não era próximo a qualquer partido, tendo sido recomendado ao cargo por seu antecessor, Rossano Maranhão".

[178] Em relação à capitalização do Banco do Brasil, é importante dizer que o governo quase chegou lá, conforme demonstra a matéria do investMais. Ou seja, "A proposta inicial de arrecadar R$ 10 bilhões bateu na trave e a oferta de ações movimentou R$ 9,76 bilhões. Nada mau para um momento ruim da economia mundial. O evento serve para mostrar alguns pontos sobre o mercado brasileiro de ações que devem ser levados em consideração pelo investidor no segundo semestre desse ano, em que mais turbulência está prevista. Em primeiro lugar, o

primário efetivamente, que é o que norteia a existência, permanência e a autorização das sociedades de economia mista.

Dessa forma, ressalta-se que, se é para manter a esquizofrenia da sociedade de economia mista que ao menos se admita de uma vez por todas que tais companhias não são efetivamente meios para implementação de qualquer tipo de manutenção de interesse coletivo ou de segurança nacional, e sim que o Estado apenas delas se utiliza para concorrer em igualdade com os demais empresários, e se esta é a função, nada melhor que reconhecer que não existe evidentemente interesse público que se sobreponha ao interesse privado. Dito de outra forma, o interesse público não exerce nenhuma outra função que não a de interesse político nas sociedades de economia mista.

Já se o entendimento puder ser revisto, o meta-interesse serve justamente para desmontar a ficção criada em torno das estatais, e mais especificamente em face das sociedades de economia mista, objeto central desta tese de doutoramento.

---

valor por ação - R$ 24,65 - saiu abaixo do esperado pelo banco, que gostaria de ter arrecadado mais dinheiro. Isso mostra que é necessário contar com um pouco de sorte para fazer ofertas de ações, pois como ela precisa ser anunciada com antecedência, o mercado pode virar da água para o vinho e para o vinagre em curtos espaços de tempo. Em segundo lugar, é necessário ver qual o verdadeiro objetivo da empresa que faz uma oferta de ações. No caso do Banco do Brasil, as incorporações da Nossa Caixa e do Banco Votorantim, aliadas a uma determinação expressa do principal acionista do banco - o governo federal - de aumentar o volume de crédito concedido, principalmente no auge da crise, fez o Banco do Brasil ver seus índices de Basileia, que medem a capacidade do banco de emprestar dinheiro, descer a níveis muito baixos, ainda que acima do mínimo exigido pelo Banco Central. Ou seja, para voltar a crescer, o banco precisava de capital. E, por precisar muito desse capital, não pode voltar atrás na operação de venda de ações e esperar um momento melhor pelo mercado. Assim, conseguiu menos dinheiro do que poderia ter conseguido. Em terceiro lugar, as ações do Banco do Brasil são subavaliadas na comparação com seus pares privados - Itaú, Bradesco e Santander - listados na bolsa. Isso porque, por mais que os diretores do Banco do Brasil falem que eles seguem uma lógica comercial, que o governo não interfere, que se pensa no lucro e no crescimento da instituição e não em seu papel político, a prática mostra que há ingerência governamental sim sobre a administração do BB. E os investidores não são bobos e sabem avaliar isso no preço do papel. Pode-se criticar ou ignorar esse fato, mas ele está lá e deve ser considerado na hora de se fazer um investimento em papéis como os do Banco do Brasil e, em breve, da Petrobras. Como ponto positivo, vale destacar que finalmente o BB se adequou às normas do Novo Mercado da Bovespa e aumentou o percentual de ações suas que circula pelo mercado, de 21,9% para 30,3%. O prazo final para isso era 2011, mas um dos fatores do subpreço das ações do BB também era esse percentual menor de ações em livre circulação. Outro ponto positivo, mas que não tem nada a ver com a capitalização, é que o Banco do Brasil é virtualmente inquebrável, pois seu maior acionista, o Governo Federal, tem por estatuto a obrigação de socorrer o banco caso esse necessite, usando o nosso dinheiro pago em impostos. Quem não gostaria de ser acionista de uma empresa à prova de falência? O saldo da operação é positivo e mostra que há espaço para novos lançamentos de ações no mercado brasileiro, desde que as empresas que forem à bolsa demonstrem fundamentos sólidos que atraiam a confiança dos investidores, mesmo com a bolsa brasileira já relativamente mais cara que suas pares ao redor do planeta. Em um mundo em convulsão econômica, temeroso de que a recuperação não seja tão rápida quanto era esperado, saber garimpar oportunidades que tenham boas bases é garantia de se ter um bom retorno no futuro. Os fundamentos da operação do BB são sólidos, e isso gerou o sucesso. Se não o fossem, a operação seria um fracasso, pode ter certeza, pois o dinheiro não é amigo de ninguém, e não precisa fazer gentilezas".

6. CONCLUSÃO

Com o presente trabalho buscou-se apresentar o meta-interesse como elemento para a solução de conflito de interesses. Para tanto, foi necessário percorrer certos caminhos, como, por exemplo, o que trata da (i) intervenção do Estado da economia, (ii) o sistema de privatizações, (iii) o princípio da subsidiariedade e mencionar especificamente alguns institutos legislativos pertinentes ao conflito de interesses, dentre outros temas paralelos.

O que se pretendia, desde o inicio desta tese era demonstrar o conflito de interesses existente no interior das sociedades de economia mista. Nunca se teve a pretensão de esgotar o tema, tampouco fazer um levantamento histórico-doutrinário do tema que acaba tangenciando o núcleo central da tese, que é, em si, o interesse público versus o interesse privado.

O objetivo da tese era/é o de, em meio ao conflito de interesses que exsurge da própria natureza da sociedade de economia mista estabelecer o meta-interesse, apontando este como o somatório dos interesses sociais ponderados com o interesse público e o privado. Ou seja, o de demonstrar a necessidade de uma releitura às normas postas em face das sociedades de economia mista, e deixar claro que esta releitura ou o estabelecimento de um novo paradigma, permita a compreensão de que o meta-interesse é um interesse que não se separa nem do interesse público nem tampouco do interesse privado, há uma simbiose entre ambos. Ou ainda, que o meta-interesse é um interesse específico que nasce da união público-privada e diz respeito ao interesse da companhia (é o equilíbrio dos interesses divergentes devidamente ponderados após a imediata autorização da criação da sociedade de economia mista).

Dessa forma, o meta-interesse é o interesse que tem por finalidade afastar a imposição da criação de interesses públicos momentâneos dadas as circunstâncias concretas para possibilitar uma maior transparência e eficiência das sociedades de economia mista.

Diante disso, cabe ressaltar que o conflito de interesses, ou seja, o interesse público vs. o interesse privado não passa de uma ficção jurídica que conforme a situação na qual a sociedade de economia mista esta inserida faz com que, por interesses políticos prevaleça ou o “interesse público” ou o “interesse privado”, sendo ambos confundidos com o interesse efetivo do poder Executivo que prepondera na sociedade de economia mista. No entanto, frente à viabilidade de identificação do meta-interesse há que se respeitar o mesmo, não sendo possível que fique a companhia feito uma biruta, que gira conforme o vento sopra.

O meta-interesse, sem sombra de dúvidas, é o instrumento que permitirá ao Estado agir legitimamente em sede de exploração de atividade econômica e mesmo como investidor sem que tenha seus atos maculados pela inconstitucionalidade, vez que a exigência posta no Texto constitucional se exaure no pedido de autorização para a criação da sociedade de economia mista, passando a mesma, a partir de sua criação, a se sujeitar efetivamente aos imperativos do direito privado, coadunando-se, portanto, com a realidade do que já vem ocorrendo no meio societário através da participação das sociedades de economia mista.

Deve ainda ser ressaltado que a utilização do meta-intresse em razão do tipo societário específico escolhido para sua apresentação, qual seja, a sociedade de economia mista, a ela não está adstrito, permitindo, assim, que possa ser utilizado em outras atividades desenvolvidas pelo Estado. O que o meta-interesse acarreta ao fim e ao cabo é a boa-fé do Estado como empreendedor. Permitindo com que o mesmo possa efetivamente desenvolver seu papel de empresário e de investidor sem que tenha que ficar amarrado ao passado. Isto é, sem que o Estado fique preso às suas raízes, quando o mesmo desempenhava papel meramente atrelado ao poder de polícia que lhe fora dado. O sistema como um todo mudou. O Estado, assim como os demais entes que exploram atividades econômicas, não pode ficar à margem dessa evolução. O Estado é e deve permanecer como um grande representante do setor econômico, não meramente considerado um representante de desenvolvimento como se vem buscando manter ao longo dos anos. Reconhecer ao Estado seu papel de empresário, investidor e empreendedor que é não afronta a Constituição. O que tem afrontado os ditames constitucionais são os meios pelos quais o Estado se utiliza para chegar a este papel. Se a ele é permitido adentrar ao

setor nas condições de livre concorrência, pois que assim o faça. Não adianta criar subterfúgios de cunho fiscalizador e mascarado pelos princípios constitucionais da Administração Pública. É notório que são apenas palavras de efeito, que não refletem o verdadeiro comportamento dos entes públicos.

A sociedade de economia mista é sociedade empresária e como tal deve ser respeitada. Se a atividade é econômica, ao Estado se deve atribuir o mesmo tratamento destinado aos entres privados, sob pena de se continuar incorrendo em afronta à Constituição.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Instituiciones de Derecho Administrativo*, tomo I, Barcelona: Bosh. 1970.

ALEXY, Robert. *Derechos individuales y bienes coletivos*. In: Derecho e razón práctica. 1. ed. Trad. de Manuel Atienza. México/D. F.: Fontamara, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALTHUSSER, Louis, *Aparelhos ideológicos de Estado*: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE). Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 2 ed., Rio de Janeiro: Graal, 1985.

ALVES, J. A. Lindgren. *Os Direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed., Coimbra: Almedina, 1999. 1 v.

AMORIM, Sônia Naves David. Ética na esfera pública: a busca de novas relações Estado/sociedade. In: *RSP*, ano 51, n. 2, abr./jun., 2000.

AMOROSINO Sandro (org.). *Le Trasformazzioni del Diritto Amministrativo*. Milão: Giufrrè, 1995.

ANDRADE, Luiciano Benévolo de. *Curso moderno de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo*. Lisboa: Almedina, 1989.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública Pluricêntrica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 227, p. 131-150, jan./mar., 2002.

_____. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Publico contemporâneo. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, v. 21, n.10, p. 1139-1148. São Paulo, 2005.

_____. As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor. *Revista Forense*, v. 101, n.379, p. 3-16. Rio de Janeiro, 2005.

_____. As concessões e autorizações de petrolíferas e o poder normativo da Agencia Nacional de Petróleo. *Revista Tributaria e de Finanças Publicas*, v. 10, n.44, p. 171-202. São Paulo, 2002.

_____. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, v. 21, n.5, p. 554-573. São Paulo, 2005.

_____. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

_____, Revista dos Tribunais, Ano 98,vol. 890, dez. 2009, p. 1-816, p. 34.

ARAUJO, Edmir Netto de. *Pessoas jurídicas públicas.* Direito administrativo na década de 90*.* São Paulo: Malheiros, 1997.

ARGÜELO, Katie (org). *Direito e democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

ARIÑO, Gaspar et al. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Economía y Estado.* Madrid: Marcial Pons, 1993.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. Neoliberalismo e o Neo-socialismo. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 31, p. 31-35, 1999.

ASSUMPÇÃO, Antônio. O Estado Contemporâneo – Aspectos Formais. *Revista de Direito Público*, v. 14, p. 155-165, out./dez. 1970.

ATALIBA, Geraldo. Empresas estatais e regime administrativo (serviço público - inexistência de concessão - delegação proteção ao interesse público). *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 4, p.55-70,1996.

AVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “principio da supremacia do interesse publico sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, RDP, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

_____. Repensando o “principio da supremacia do interesse publico sobre o particular”. SARMENTO, Daniel (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia*. Estudos em homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues. São Paulo, Saraiva, 1989.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. C. da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v.19, p.7-36, abr./jun, 1997.

BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. São Paulo: Ícone, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jusrisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. NeoConstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas públicas. In: *Revista de Direito Administrativo*. Abr/Jun.2005, n. 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Alguns Parâmetros Normativos para a ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional* – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.49-118.

BARRETO, Aires. Pessoa Administrativa não aufere lucro nem tem prejuízo. Tem superavit ou deficit. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 6, p. 259-280. São Paulo: Malheiros, 1994.

BARRETO, Julio. O conflito de interesses entre a companhia e seus administradores. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARRETO, Maria Inês. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e CUNILL GRAU, Nuria (org). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

BARROS LEÃES, Luiz Gastão de. O Conceito Jurídico de Sociedade de Economia Mista. *Revista de Direito Administrativo*, n. 79, p. 1-22. Rio de Janeiro: Renovar, 1965.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada, *Revista de direito administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, n. 197, 1994.

_____. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista dos Tribunais*, v.795, p.55-76, jan. 2002.

_____. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: LANDAU, Elena (Coord.). Regulação jurídica do setor elétrico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 29-56.

_____. Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. In: *Temas de direito constitucional*, t. III, 2005.

_____. Igualdade perante a lei. *Revista de Direito Público*, n. 78, p.65-77, abr./jun., 1986.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 18, p. 88-109. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.Prefácio.

_____. Regime jurídico das empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 242, p. 85-93. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro e SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1

_____. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio.* São Paulo: Saraiva, 2000.

BAUBY, Pierre & BOUAL, Jean-Claude. *La prise en compte de la notion de service public dans la construction européene*. Paris: La Découverte, 1997.

BARRETO, Julio. O conflito de interesses entre a companhia e seus administradores. Renovar, 2009.

BERTOLDI, Marcelo M. O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 118, abr./jun. 2000.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Nova Modalidade de Parceria. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: v. 779, p. 79-92, set. 2000.

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 de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 117-170.

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed., Curitiba: Juruá, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2 ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOLGAR, Vera. L´Intérêt général dans la théorie et dans pratique. *Revue Internationale de Droit Compare*, v 17, n. 1/4, p. 329-363. 1965.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BORGES, Alice Gonzales. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, n. 205, p. 109-116. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BORGES, José Souto Maior. Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais, *Revista de Direito Público*, vol. I. 1993.

BRAIBANT, Guy. *Le droit administratif français*. 2 ed., Paris: Dalloz, 1988.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e CUNILL GRAU, Nuria (org). *Entre o Estado e o mercado*: o público não-estatal. In BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e CUNILL GRAU, Nuria (org) *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

_____. *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

_____. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: 1996.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania*: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. 34 ed. São Paulo: Brasília: ENAP, 1998.

BRESSER PEREIRA, LUIZ CARLOS. A reforma do Estado dos anos 90: Lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova*, n.45, p.49-98, 1998.

BRITTO, Carlos Ayres. A Privatização das empresas estatais à luz da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 12, p. 125-133. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BULGARELLI, Waldirio. Anulação de assembléia geral de sociedade anônima. Estudos e Pareceres de Direito Empresarial, p. 151-164. São Paulo: RT, 1980.

CAETANO, Marcello. Conceito de Direito Administrativo. In: JAMESON, Samuel Haig (org). *Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1962. 2v.

_____. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977.

CAMARA, Maria Helena F. da. Bem comum. *Revista Forense*, v. 327, p. 297-301. Rio de Janeiro: 1994**.**

CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale*, 2. Diritto delle Società, Torino: UTET, 1995, p. 304.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARRIÓ, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. O futuro estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 11, p. 171-179, Rio de Janeiro: Ed., 2000.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas. 4*. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 2.

_____. Eficácia e execução específica do acordo de acionistas. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n.26, p. 125-132. Rio de Janeiro: 2004.

CASO, Andrés. Cuatro ensayos de política, administración y empresa pública México: Instituto Nacional de Administración Pública. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org>. Acesso em 26 de ago. 2006.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*.4 ed. Buenos Aires:Abeledo-Perrot.

CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administracion Publica, 1994.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 219, p. 253-270. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Considerações sobre a concessão de serviços da natureza econômica [O regime da lei nº 8.987/95]. *Revista AJUFE*, n. 49, p.24-27, 1996.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A empresa pública no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 91, p. 1-12. Rio de Janeiro: Renovar, 1968.

_____. *Princípios gerais de Direito Público*. 3 ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

_____. Sociedade de economia mista – sua natureza – seus problemas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 103, p. 1-15. Rio de Janeiro: Renovar, 1971.

CHEVALIER, Jacques. A reforma do Estado e a concepção francesa de serviço público. *Revista do Serviço Público*, ano 47, v. 120, n. 3, set./dez., 1996.

_____. *Reflexions sur l'ídeologie de línterêt generale*. Paris: PUF, 1978.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2 ed., São Paulo: RT, 2000.

_____. *Elementos para um discurso de conceituação do Direito Administrativo.* Campinas: Julex, 1988.

CLÈVE, Clèmerson Merlin e MARTINS, Alessandra Ferreira. *Princípios constitucionais da atividade econômica petrolífera e a lei 9.478/1997*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 7 set. 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 2.

COLM, Gerard. O interesse público*: chave essencial da política pública*. In: Carl J. FRIEDRICH (ed.). *O Interesse Público*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

COMPARATO, Fabio Konder. A ordem econômica na Constituição brasileira de 1988, *Cadernos de direito econômico e empresarial - Revista de direito público*. São Paulo, n. 93, 1990.

_____. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista Eletrônica da AJUFE* (http://www.ajufe.org.br/noticias/), acessada em: 28 de janeiro de 2002.

_____. Sociedade de economia mista transformada em sociedade anônima ordinária – Inconstitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 25, p. 61-68. São Paulo: Malheiros,1999

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista Direito Público*, n. 95, p.125-138.

COSTADELLO, Angela Cassia. *O regime jurídico dos agentes públicos e a Emenda Constitucional n 19/98*. Revista Interesse Público, n. 3, p. 49-68, 1999.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”?. *Revista de Direito Administrativo*, n. 230, p. 45-74. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.[s.d]

_____. Prestação de serviço público pela sociedade de economia mista. In. Id. *Administração indireta brasileira*, p. 437-457. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. Regime jurídico das empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 106, p. 62-80. Rio de Janeiro: Renovar, 1971.

_____. Sociedades de economia mista no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 80, p. 33-43. Rio de Janeiro: Renovar, 1965.

CUNHA, Paulo Ferreira*. Constituição, direito e utopia:* do jurídico constitucional nas utopias políticas. Coimbra: Coimbra, 1996*.*

DALLARI, Adílson Abreu. Acordo de acionistas – Empresa estadual concessionária de serviço público federal – manutenção da qualidade de acionista controlador. *Revista Trimestral de Direito Público,* n. 28, p. 84-108. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Conceito de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público,* n. 15, p. 112-117. São Paulo: Malheiros, 1999.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1995.

DANTAS, José da Costa. O princípio constitucional do controle externo em face da autonomia privada das sociedades de economia mista. *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 99, p. 21-31, p. 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad.:Hermínio Carvalho. 3 ed., 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DEMICHEL, André. *Le droit administratif* - Essai de réfléxion théorique. Paris, LGDJ, 1978.

DESWARTE, Marie-Pauline. Interet generale, bien commun. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, set./out., p.1289-1313, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Do direito privado na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. O Sistema de parceria entre os setores público e privado - Execução de serviços através da concessão, permissão e terceirização - Aplicação adequada destes institutos. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, Editora NDJ, vol. 09, p. 586-590, set., 1997.

_____Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, n. 191, p. 26-39. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

DIEZ, Manuel Maria. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1991.

DÓRIA, Sampaio. *Princípios constitucionais*. São Paulo: ed. São Paulo, 1926.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____.*O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EIZIRIK, Nelson. Acordo de acionistas. Invalidade de cláusula que impõe obrigação à companhia. Prevalência do interesse social sobre os termos do acordo de acionistas. Invalidade de contrato acessório que obriga a companhia a adquirir as próprias ações. In. Id. *Temas de direito societário*. Rio de Jeniro: Renovar, 2005. Parecer.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna B; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de capitais – regime jurídico. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2008.

ENRIQUES, Luca. *Dirrito societario comparato*. Bologna: Il Mulino, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Civitas.[s.d]

_____. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região*, n. 25. 1996.

ENTERRIA, Eduardo, Garcia de e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Direito Administrativo.* Madrid: Civitas, [s.d]

ERNESTS, S. Griffith. Los fundamentos éticos del interés publico. In: FRIEDRICH, Carl. (org) *O Interesse Público*.Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo.* 3 ed., Buenos Aires:, 1990. 1 v.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

ESSER, Josef. *Princípios y normas en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.* Barcelona: Bosch, 1961.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Interesse público versus interesse privado: as antinomias jurídicas na gestão econômica. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceara,* Fortaleza, v. 6, n.8, p. 31-42, 1989.

_____. *Direito e economia na democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Eficácia jurídica e violência simbólica*. São Paulo: Editora da Unioversidade de São Paulo, 1988.

_____. Interesse público versus interesse privado: as anatomias jurídicas na agestão econômica, *RPGE*, v. 6, n. 8, p. 31-42. 1989.

_____. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

FÉRES, Marcelo Andrade. O Estado empresário: reflexões sobre a eficiência do regime jurídico das sociedades de economia mista na atualidade. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br>. Acesso em 05 set. 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais.* Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: RT, n. 5, 1993.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Interesse público. *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região*. São Paulo: Centros de Estudos, 1995.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direito constitucional comparado*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1974.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Os princípios constitucionais na Lei Magna Brasileira de 1988. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro: n. 3, 1992.

_____. *Princípios de direito constitucional geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 1971.

FERREIRA, Sergio de Andréa. O direito administrativo das empresas governamentais brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, n. 136, p. 1-33. Rio de Janeiro: Renovar, 1979.

_____. As organizações socias e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico. *Revista Direito Administrativo*, 217, p. 105-118. Rio de Janeiro: Renovar,1999.

FERREIRA, Wolgran Junquiera. *Princípios da administração Pública*: Constituição Federal, art. 37, caput. Bauru: EDIPRO, 1995.

RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de Pensão*: temas jurídicos. Renovar, 2003.

FORSTHOFF, Ernest. Concepto y esencia del Estado social de derecho. In.: *El Estado social*. s.t. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo.* Madrid: Civitas, 1958.

FOS, José Antonio Garcia-Trevijano. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.[s.d.]

FRAGA, Gabino. La administración pública paraestatal. *Revista de Administración Pública,* 1980. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx>. Acesso em 26 de ago. 2006.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d]

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. Organização e mecânica administrativa das empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 104, p. 49-75. Rio de Janeiro: Renovar, 1971.

FREIRE, Alexandre Costa de Luna. Ato administrativo e novos paradigmas sociais. *Revista AJUFE*, n. 49, p.28-29. 1996.

FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. O sistema de parceria entre os setores público e privado*. Boletim de Direito Administrativo*, v. 05, p. 327-330. São Paulo: Fórum Editora, 1997.

FRIEDMANN, W. O conteúdo instável do interesse público: alguns comentários sobre o artigo de Harold D. Lasswell. *In* FRIEDRICH, Carl. (Org). *O Interesse Público*.Trad.: Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

FRIEDRICH, Carl. (Org). *O interesse público*.Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Ministério Público e conselhos gestores de políticas públicas. *Boletim dos procuradores da república*, ano. IV., n. 38, jun., p.11-13, 2001.

FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público no Direito Positivo Comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 45, n.1-2,p. 229-250, jan./dez. 2004.

GALDINO, Flávio. Introdução À Teoria dos Custos dos Direitos - Direitos Não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAJL, Natalia. As empresas estatais na França, Itália e Polônia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 70, p. 37-61. Rio de Janeiro: Renovar, 1962.

GANDOLFO, Orlando Carlos. O regime jurídico das contratações feitas pelas empresas governamentais. *Revista dos Tribunais*, v. 70 , n. 546, p. 48-51. São Paulo, 1981.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Regime jurídico das empresas governamentais e entes estatais abrangidos pelo sistema do precatório requisitório. *Revista Tributaria e de Finanças Publicas*, São Paulo, v. 10, n.44, p. 163-170, maio/jun. 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo.* 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. 3 ed. Milano: Giuffré, 1993. 1 E 2 v.

_____. *Trattato di Diritto Amministrativo*.Pádua: Cedam, 1998.

GOMES, Manuel Eduardo Alves Camargo e. *Controle da Administração Pública*: pressupostos teóricos para uma revisão conceitual. Florianópolis, 1992. Dissertação de Mestrado à disposição na biblioteca da Universidade Federal do Paraná.

GONÇALVES, Alfredo de Assis. Acordo de acionisitas e criação de ações preferenciais de classe menos favorecida. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 30, p. 121-139. Curitiba, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Atividade comercial das empresas estatais e noção de efeitos comerciais. *Revista de Direito Mercantil*, n. 72, p. 41-47. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.

GRAU, Eros Roberto. Empresas estatais: participação dos empregados na diretoria. *Revista de Direito Mercantil*, n. 52, p. 30-33. São Paulo: Malheiros, 1983.

_____. Execução contra estatais prEstadoras de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 7, p. 97-103. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. Monopólio de atividade econômica – Petrobras – Propriedade e Empresa - Bens Públicos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 222, p. 357367. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Sociedade de economia mista – nulidade de acordo de acionistas que importa em mudança de seu controlador. *Revista de Direito Administrativo*, n. 222, p. 348-355. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações e autarquias prEstadoras de serviços públicos: o tema do lucro. *Revista Trimestral de Direito Público,* n. 6, São Paulo: Malheiros,1994.

GRECO FILHO, Vicente. O Interesse Público que justifica a intervenção do Ministério Público. *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região*. São Paulo: Centros de Estudos, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Derechos fundamentales, processo y principio da proporcionalidad, *Separata de Ciência Tomista*. Salamanca: tomo 124, n. 404, Setembro/Dezembro, 1997.

GUERRA, Evandro Martins. *O controle da Administração Pública no sistema constitucional brasileiro.* Fórum de contratação e gestão pública, ano 1, n. 1, p. 32, jan., 2002.

GUGEL, Maria Aparecida. O interesse público e o interesse coletivo. *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região.* São Paulo: Centros de Estudos, 1995.

HÄBERLE. P. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição:* contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: Sérgio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1 v.

_____. *Mudança estrutural na esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris: 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

HIRST, Paul. *Globalização em questão:* a economia internacional e as possibilidades de governabilidade. Trad. Wanda Caldeira Brant. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

JANNOTTI, Onaldo Franco*.* Conceitos indeterminados e origem lógico-normativa da discricionariedade, *Revista Direito Público*, n. 64, p.37-54.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. de Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros [s.d].

JOBERT, Bruno; MULLER, Pierre. Participation, cogestion et changement sociale. *Revue Français dádministracion Publique*, n. 63, p.132-139.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a 'personalização' do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 26, p. 115-136, 1999.

KARIYA, Aurea Satica. O interesse público e as pessoas jurídicas de direito público interno, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região*. São Paulo: Centros de Estudos, 1995.

KOHEN, Beatriz. *Acciones de defesa del interés publico. Argentina.* Poder cidadano, Abr, 1996.

LACERDA, J.C.Sampaio de. A não subordinação das sociedades de economia mista e das empresas públicas (sociedades do Estado) ao regime falimentar. *Revista de Direito Mercantil,* n. 20, p. 97-99. São Paulo: Malheiros, 1975.

_____. Sociedades de economia mista e sociedades de Estado. *Revista de Direito Mercantil,* n. 12, p. 18-25. São Paulo: Malheiros, 1973.

LANDAU, Elena (Coord.). Regulação jurídica do setor elétrico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LARENS, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Cluste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Trad. de Walter Stönner. 3ª ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado*: cidadania e poder político na modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LEVY, Evelyn. Controle social e controle de resultados. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e CUNILL GRAU, Nuria (Org). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Ética e aministração pública. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 2, p. 139-152.

MACHADO, Nilton José. O interesse público como determinante da intervenção do Ministério Público na ação. *JUSTITIA*, v. 99, p. 207-221.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador causas e conseqüências de mudança no modelo de governança. *Revista do Serviço Público*, v. 50, n. 1, p. 5-36, jan/mar., 1999.

MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo jurídico e direito moderno*. Curitiba: Juruá, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fabio Medina e villela Souto, Marcos Juruena. *Direito Adminsitrativo*. Estudo em homenagem a diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 575-604.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 66, n. 2, p. 30-44, abr./jun., 2001.

MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Administrativo democrático.* Disponível em: <http://www1.jus.com.br>. Acesso em: 09 de nov. 2001.

MARTINS, Luciana Mabilia. Interesse público e interesse privado: é possível colisão?, *RPGE*, v. 24, n. 53, p. 41-62, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Renovar, 1993.

_____. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992.

_____. O Princípio da Proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ, v.1, n.5, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>. Acesso em: 08 ago. 2006.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Privatizações e Serviços Públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 22, p. 172-180. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MELLO, Oswaldo Aranha bandeira de. Conceito de Direito Administrativo. *Revista da Universidade Católica de São Paulo,* v. XXVII. p. 3-6. São Paulo, 1964.

MENEZES, Djacir. *Direito Administrativo moderno: os princípios estruturais do Estado Nacional na Administração Pública*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho editor, 1943.

MESSIAS, Francisco das Chagas Gil. Interesse público e interesse estatal. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 20, n.12, p. 1412-1416, dez. 2004.

MONTEBELLO, Marianna Souza Soares. *O princípio da subsidiariedade e a redefinição do papel do Estado no Brasil.* Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2001 (Dissertação de mestrado em Direito).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na Administração Pública: (administração pública e autonomia gerencial, contrato de gestão, organizações sócias, a gestão associada de serviços públicos consórcio e convênios de cooperação), *Revista de Direito Administrativo*, n. 214, p. 35-51. Rio de Janeiro: Renovar,1998.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O sistema de parceria entre os setores público e privado - Execução de serviços através da concessão, permissão e terceirização aplicação adequada destes institutos. *Boletim de Direito Administrativo.* São Paulo: NDJ, v. 02, p. 76-81, fev., 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e SOUTO, Marcos Jurena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 236, p. 215-261, 2004.

MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados*. Revista Trimestral de direito público*, n. 14, p.78-95.

MORON, Miguel Sanches. *La Participacion del ciudadano en la Administracion Publica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

NAVARRO, Zander. Democracia e controle social de fundos públicos – o caso do "orçamento participativo" de Porto Alegre (Brasil). In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e CUNILL GRAU, Nuria (Org). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In.: Ricardo Lobo Torres (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NEGRETE, Alfonso Nava. *Las tendencias actuales del Derecho Administrativo*. Tendências Actuales del Derecho Cidade Del México, Fondo de Cultura Econômica, 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado no direito administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p. 69-107, abr./jun., 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina e VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.575-604.

PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, n. 60, p. 1-15. Rio de Janeiro: Renovar, 1960.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. As empresas estatais e os sistemas de supervisão e controle. *Revista de Direito Mercantil*, n. 45, p. 20-45. São Paulo: Malheiros, 1982.

_____. As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988. *Revista de Direito Mercantil*, n. 73, p. 5-21. São Paulo: Malheiros, 1989.

_____. Caracterização jurídica das sociedades de economia mista. *Revista de Direito Mercantil*, n. 43, p. 111-121. São Paulo: Malheiros, 1981.

_____. Notas sobre a nomeação dos administradores nas sociedades anônimas. *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, v. 70 , n. 553, p. 27-37, nov. 1981.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 32, p. 1-15. Rio de Janeiro: Renovar, 1953.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O Estado como acionista controlador*. São Paulo: Atlas, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998

PIZZORUSSO, Alessandro. Interesse pubblico e interessi pubblici. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 57-87, mar. 1972, p. 57-87.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Princípios da Administração Pública*: a supremacia do interesse público sobre o particular*. Gênesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado*, n. 10, jul./set., 1996.

RAMOS, J. Saulo. Empresa estatal e abuso de poder econômico. *Revista de Direito Público*, n.93, p. 95-101. São Paulo: Malheiros, 1990.

RAMOS, José Nabantino. Empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 107, p. 14-29. Rio de Janeiro: Renovar, 1972.

REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

REIS, Sebastião Alves dos. Uma visão do direito, direito público e direito privado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, vol. 21, p.12, out./dez., 1997.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 2.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n. 4, p. 23-48, 1999.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-Providência*. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UnB, 1997.

SAINZ MOREÑO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

SALLES, Ricardo. Responsabilidade do controlador por obrigações da sociedade de economia mista e da empresa pública. *Revista de Direito Mercantil*, n. 32, p. 13-15. São Paulo: Malheiros, 1978.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Sociedade anônima. Interesse público e privado. Interesse Público, São Paulo, v. 5, n. 20,p. 72-87, jul./ago. 2003.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____ (Org). *O direito público em tempos de crise*: Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARMENTO, Daniel (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

_____. 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 de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

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 de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SCHIRATO. Vitor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. Revista de Direito Administrativo, n. 239, p. 209-240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

____. *Comentário contextual à Constituição*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIMÕES, Paulo Cesar Gonçalves. *Governança corporativa e o exercício do voto nas S.A.*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Entidades Administrativas e noção de lucro. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 6. São Paulo: Malheiros 1994.

_____. *Fundamentos de Direito Público*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, Malheiros: São Paulo, 2006.

_____. *O processual e o direito administrativo*. Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. A configuração jurídica do serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, n. 233, p. 373-385. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A razoabilidade das leis*. Revista de Direito Administrativo,* v. 204, p. 1-7, abr./jun., 1996.

_____. As empresas estatais no direito brasileiro. Direito administrativo na década de 90. São Paulo: RT, 1997.

_____. Sociedade de economia mista – subsidiária – contratos. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, Sao Paulo, v. 18 , n.12, p. 935-940, dez. 2002.

_____. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. In.: Ricardo Lobo Torres (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O espaço público e os intérpretes da constituição. *Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 40, 1997.

_____. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. GUIMARÃES, Angélica. As empreas estatais e a revogação do artigo 242 da lei 6.404/76. *Forum Administrativo*, v. 9, n.19, p. 1153-1159. Belo Horizonte, 2002.

VARGAS, João Galvão. *Sentido crítico do interesse público*. Revista do Ministério Publico do Estado do Rio Grande do Sul, nova fase, n. 15/16, p. 49-55, jan./ dez., 1980.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça, *Lua Nova*. São Paulo, n. 42, 1997.

VITA, Álvaro de. *Justiça liberal*: argumentos liberais contra o neoliberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

VITTA, Heraldo Garcia. Empresas públicas e sociedades de economia mista em face do artigo 173 da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 10, p. 203-211, 1995.

WALD, Arnoldo. Do regime legal da venda das ações de sociedades de economia mista pertencentes à União Federal. *Revista de Direito Mercantil*, n. 39, p. 23-144. São Paulo: Malheiros Editores, 1980.

_____. *Novas tendências do Direito Administrativo*: a flexibilidade no mundo da incerteza. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, p. 43-47.Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. O direito das privatizações. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 71-81, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 2.ed., São Paulo: RT, 1995.