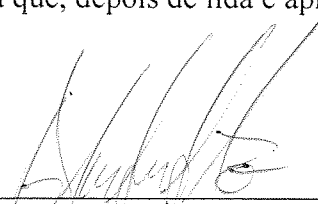


ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO

Aos **29 de junho de 2015** realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaboraahy 989 – em Salvador/ Bahia, às, a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelando **Lorena Nolasco Monteiro do Rego**, intitulada *A Validade em abstrato de acordos de acionista em Sociedade de Economia mista.*, estando presente o (a) prof.(a) **Abelardo Sampaio Lopes Neto**, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) **Ermiro Ferreira Neto** e Prof(a) **João Glicério de Oliveira Filho** e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Abelardo Sampaio Lopes Neto	8,0	
Ermiro Ferreira Neto	8,0	
João Glicério de Oliveira Filho	8,0	

Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



Membro da Banca Examinadora
Abelardo Sampaio Lopes Neto



Membro da Banca Examinadora
Ermiro Ferreira Neto



Membro da Banca Examinadora
João Glicério de Oliveira Filho

Salvador, 29 de junho de 2015



NPJ . Núcleo de Prática Jurídica

R. VISCONDE DE ITABORAHY, Nº 116, AMARALINA
SALVADOR - BA · CEP- 41900-010 · TEL: (71) 3276.1323
www.faculdadebaianadedireito.com.br



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LORENA NOLASCO MONTEIRO DO REGO

**A VALIDADE EM ABSTRATO DE ACORDOS DE ACIONISTA
EM SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA**

Salvador
2015

LORENA NOLASCO MONTERIO DO REGO

**A VALIDADE EM ABSTRATO DE ACORDOS DE ACIONISTA
EM SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2014
TERMO DE APROVAÇÃO

LORENA NOLASCO MONTEIRO DO REGO

**A VALIDADE EM ABSTRATO DE ACORDOS DE ACIONISTA
EM SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

À
Minha família, maiores contribuidores
da minha formação pessoal e
profissional, meu exemplo e minha
âncora.

AGRADECIMENTOS

A cada nova etapa vencida o primeiro agradecimento é sempre a Deus, por me proporcionar paz, força e sabedoria para superar as minhas próprias limitações.

À Faculdade Baiana de Direito e a todos os meus professores ao longo destes cinco anos, pelo cuidado na ministração das matérias e pelo exemplo de excelência que representaram.

Ao Professor Ruy Andrade, por toda a atenção, paciência e generosidade, dividindo de maneira solícita e prestativa uma parte do seu conhecimento para orientar-me.

Ao escritório Rego, Nolasco e Lins Advogados e todos os seus integrantes, por contribuírem não só para minha formação jurídica, mas pessoal, oferecendo suporte durante este período monográfico. Em especial aos Doutores Mário Coelho e Waldemiro Lins pela contribuição importantíssima quanto ao ponto de partida do desenvolvimento do tema.

Aos meus pais e doutores, Cristiane e André Rego, por se disporem a discutir e auxiliarem-me com este trabalho de conclusão (mesmo durante os fins de semana), mas principalmente pelo suporte incondicional e palavras de encorajamento.

Às minhas irmãs, mas principalmente Andréia Rego, por sempre me desejarem o melhor e por inspirar-me a alcançá-lo e a Rodrigo Gatto, por compreender os meus humores durante esta trajetória, sempre me apoiando.

E, finalmente, a todos os meus amigos e colegas, mas em especial a Raphael Oliveira e Bruna Gatto pela presença (e cobrança) constante e a Nathalia Fahel pela companhia durante as escritas vespertinas.

A todos os meus mais sinceros agradecimentos.

“Se o Estado é fraco esmagamos, mas se é fraco perecemos”.

Paul Valéry

RESUMO

As sociedades de economia mista, na atualidade, possuem importância singular para a economia brasileira. São responsáveis por atividades relevantes ao desenvolvimento econômico do país e prestam serviços públicos à sociedade, gerando empregos e recursos, bem como tem grande relevância no mercado de capitais brasileiros. Para a consecução de tais fins é imprescindível a participação conjunta do capital público e privado contribuído conjuntamente para viabilizar atividades complexas que, muitas vezes, não seriam possíveis contando somente com um dos dois, fosse pelo elevado valor de seu financiamento ou pelo nível de especificidade do conhecimento necessário para tanto. A dualidade de regimes jurídicos vivida por essas sociedades mistas impõem empecilhos ao seu desenvolvimento pleno em um cenário de competitividade, o que muitas vezes dá vazão a estruturas burocráticas e complexas. Administrar tais companhias é um real desafio ao seu controlador e administradores, que tem que balancear a rigidez das normas públicas com a demanda pela lucratividade inerente a atividade empresarial, tendo sempre que ter em vista o interesse público. Para viabilizar a convivência de interesses tão distintos em uma única sociedade questiona-se a possibilidade de aplicar à elas (sociedades de economia mista) o acordo de acionistas, instituto do direito societário. O acordo de acionistas promove a regularidade à administração da companhia ou promove a defesa de direitos de minorias, facilitando a convivência entre os sócios-acionistas. Contudo, não há discussão consistente sobre o tema na doutrina, que escassamente se debruça sobre os aspectos societários aplicados à sociedade de economia mista; limitando-se, no mais das vezes a uma análise estrita sob a ótica administrativa (especialmente sobre a perspectiva do interesse público). As opiniões existentes, contudo, divergem. Este trabalho se propõe então a discutir a validade abstrata dos acordos de acionista nno âmbito das sociedades de economia mista.

Palavras-chave: acordo de acionista; sociedade de economia mista; contratos privados da administração; regime privado da Administração; acionista controlador.

ABSTRACT

The joint stock companies, in current days, have special importance in the Brazilian economy. They are responsible for relevant activities to the country's economic development and provide public services to society, creating jobs, resources and has great relevance in the Brazilian stock market. To achieve such ends is essential to have the joint participation of public and private capital, contributing together to enable complex activities, that often would not be possible relying only on private or State capital or due to the highly specified knowledge necessary. The duality of legal regimens experienced by these joint enterprises impose impediments to its full development in a competitive scenario, which often gives rise to bureaucratic and unwieldy company structures. The management of such companies is a real challenge to its controller and administrators, who have to balance the rigidity of public regulation and the demand for profitability - inherent to business activity – and always bear the public interests. To facilitate the coexistence of such different interests into one company, it poses the question: is it possible to apply the shareholders' agreement in joint stock companies? The shareholders' agreement can promote regularity within the company's management or promote the protection of minority stockholders rights, facilitating the interaction between the partner's shareholders. However, there is no consistent discussion on the topic in the doctrine, which barely focuses on the corporate aspects applied to mixed capital company; It is limited in most cases to a strict review under the administrative perspective (especially from the perspective of the public interest). The existing beliefs, however, differ. This paper proposes then to discuss the abstract validity of shareholder agreements in the scope of joint stock companies.

Keywords: shareholder's agreement; mixed capital corporation (joint ventures); joint stock companies; private contracts of public administration; private law and public parties; controlling shareholders.

art.	Artigo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANATEL	Agencia Nacional
ANEEL	Agencia Nacional
BOVESPA	Bolsa de Valores de São Pulo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEMIG	Companhia Energética de Minas Gerais
COMPAGAS	Companhia de Gás de São Paulo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
COBRA	Computadores e Sistemas Brasileiros S.A.
CPC	Código de Processo Civil
CNS	Companhia Siderúrgica Nacional
CRVD	Companhia Vale do Rio Doce
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DJ	Diário de Justiça
ELETROBRÁS	Centrais Elétricas Brasileiras S.A.
EMBRAER	Brasileira de Aeronáutica S.A.
LSA	Lei de Sociedades anônimas
Ltda.	Limitada
Ilmo.	Ilustríssimo
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
n.	número

nº	número
NPED	New Political Economy Of Development
NUCLEBRAS	Empresas Nucleares Brasileiras S/A
PAEG	Programa de Ação Econômica do Governo
PETROBRÁS	Petróleo Brasileiro S.A.
PND	Programa Nacional de Desestatização
RFFSA	Rede Ferroviária Federal S.A.
S.A.	Sociedade Anônima
SEST	Secretaria de Controle de Empresas Estatais
SOE	State Owned Enterprises
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA	16
2.1 ATIVIDADE EMPRESARIAL DO ESTADO E INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	16
2.1.1 Evolução histórica no Brasil	22
2.1.1.1 O movimento das privatizações	30
2.1.2 Críticas ao Desempenho Econômico da Empresa Estatal.	35
3 SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA	37
3.1 ORIGEM HISTÓRICA E A REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL	37
3.2 NATUREZA JURÍDICA	39
3.3. DISTINÇÃO QUANTO À ATIVIDADE E AO REGIME JURÍDICO	42
3.3.1 Ausência de lei para regulamentar o regime jurídico e seus impactos	45
3.4 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS	46
3.5 ESTRUTURA SOCIETÁRIA DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA	49
3.3.2 Controle (o exercício qualificado do controle acionário)	50
4 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	56
4.1 CONTRATOS PRIVADOS DA ADMINISTRAÇÃO (E OS REGIMES DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO)	60
4.1.1 O regime jurídico público e privado e a administração pública	62
4.1.1.1 Privatização do direito administrativo ou fuga para o direito privado	65
4.2 REGIME JURÍDICO (E INSTITUTOS) DE DIREITO PRIVADO UTILIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	66
5 ACORDO DE ACIONISTA	70
5.1 NATUREZA JURÍDICA	71
5.1.1 Partes do acordo de acionistas	71
5.1.2 Forma do acordo de acionista	73
5.2 OBJETO DOS ACORDOS DE ACIONISTAS (TIPICIDADE DO ACORDO DE ACIONISTAS)	74
5.3 VALIDADE DOS ACORDOS DE ACIONISTAS E LIMITES	76

5.4 TIPOS DE ACORDO DE ACIONISTA	76
5.4.1 Acordo de controle	76
5.4.2 Acordo de voto minoritário	78
5.4.3 Acordo de bloqueio	79
6 OS ACORDOS DE ACIONISTAS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA	80
6.1 TIPOS DE ACORDO DE ACIONISTA NA E O PODER DE CONTROLE DO ESTADO	81
6.2 FINALIDADE DOS ACORDOS DE ACIONISTAS PARA O ESTADO	89
7 CONCLUSÃO	xx
REFERÊNCIAS	xx

1 INTRODUÇÃO

As sociedades de economia mista, na atualidade, possuem importância singular para a economia brasileira. São responsáveis por atividades relevantes ao desenvolvimento econômico do País e prestam serviços públicos à sociedade, gerando empregos e recursos, bem como tem grande relevância no mercado de capitais brasileiros.

No desenrolar do processo econômico houve, a cada época, uma maior ou menor intervenção estatal: no liberalismo se defendia a existência de uma mão invisível que regulava o mercado, momento histórico no qual se entendia que o Estado deveria abster-se de intervir na economia; no *welfare State*, o Estado é requisitado a funcionar de forma diametralmente oposta, devendo providenciar o atendimento aos direitos fundamentais do cidadão (necessários à sua sobrevivência), enquanto no neoliberalismo o Estado só é chamado a intervir em casos onde há risco à sociedade¹.

Na medida em que foram atribuídos ao Estado novos encargos, o Poder Público se viu na contingência de fazer uso de novos e diferentes instrumentos para satisfazer os anseios sociais. Apesar da incerteza acerca do momento em que surgiu a sociedade de economia mista, não há dúvida quanto à causa de sua constituição²: a associação de capitais público e privados fosse pela (a) impossibilidade de financiamento da atividade unicamente pelo capital público (ou pelo capital privado); (b) pela bifurcação dos riscos da atividade entre o sócio privado e o Estado; (c) para suprir lacuna deixada pela iniciativa privada; (d) para burlar o engessamento do regime público; (e) ou para garantir a supremacia do Estado em setores estratégicos

¹ BONFIM, Natália Bertolo. **O interesse público na sociedade de economia mista**. Dissertação (mestrado em direito). 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

² “Exatamente porque esta é a impostergável vocação de tais sujeitos, mesmo nas sociedades de economia mista (em que há, pois, concorrência de capitais privados), a lei estabelece que a supremacia acionária votante terá de ser governamental. Com efeito, o que se quer é precisamente, garantir que seu controle absoluto, que a condução de seus destinos, seja estritamente da alçada do Estado ou de suas criaturas auxiliares, sem que possa repartir com particulares. Note-se que mesmo a Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15.12.76), em seu art. 238, estabelece que a pessoa jurídica que controla a companhia mista, sem prejuízo dos deveres e responsabilidades do acionista controlador, poderá orientá-la de modo a atender ao 1 interesse público que justificou sua criação.” [grifos do autor] (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 178.)

para a segurança da nação ou de interesse coletivo, a sociedade de economia mista é, sem sobra de dúvidas, um importante instrumento de ação do Estado.

A justificativa da importância dessas sociedades, porém, variou ao longo das décadas, no Brasil e nos demais países. Em território nacional, inicialmente constituídas para auxiliar o desenvolvimento do País em domínios econômicos nos quais a iniciativa privada brasileira não possuía os fundos para desenvolver sozinha, as sociedades de economia mista coordenavam os esforços do restante da Administração Pública, assim como prestavam-se a aderir às políticas governamentais, tornando-se instrumento de políticas econômicas.

Posteriormente, o aumento do custo da estrutura estatal e a dificuldade de financiamento das atividades das sociedades de economia mista (cujo desempenho econômico não era positivo) culminou com um processo de privatizações.

Nos anos recentes, principalmente na primeira década do século XXI, entretanto, percebe-se um avanço das atividades das sociedades de economia mista, especialmente na sua competitividade. O incremento e sofisticação do mercado de capitais brasileiro foi acompanhado pelas sociedades de economia mista, que viram seu valor de mercado aumentar sensivelmente, assim como a confiança do investidor nessas companhias.

Para a consecução de tais fins é imprescindível a participação conjunta do capital público e privado contribuído conjuntamente para viabilizar atividades complexas que, muitas vezes, não seriam possíveis contando somente com um dos dois, fosse pelo elevado valor de seu financiamento ou pelo nível de especificidade do conhecimento necessário para tanto.

Esse desenvolvimento não foi acompanhado no mesmo ritmo pela legislação ou pela doutrina, que porta-se rígida para com as sociedades de economia mista em função da participação do Estado em seu capital social e conseqüente interesse público. A sociedade de economia mista vive um constante “cabo-de-guerra”: de uma lado seu regime jurídico, definido em lei, de direito privado, e de outro as normas de direito privado que lhe são parcialmente derogado pelas de direito público.

A dualidade de regimes jurídicos vivida por essas sociedades mistas impõem empecilhos ao seu desenvolvimento pleno em um cenário de competitividade, o que

muitas vezes dá vazão a estruturas burocráticas e complexas. Administrar tais companhias é um real desafio ao seu controlador e administradores, que tem que balancear a rigidez das normas públicas com a demanda pela lucratividade inerente a atividade empresarial, tendo sempre que ter em vista o interesse público.

De outra parte, faz surgir dúvidas sobre a possibilidade de aplicação de institutos típicos do Direito Societário às sociedades de economia mista, até mesmo pela escassez do uso desses institutos. Exemplo dessa discussão é o acordo de acionistas, instituto de extrema relevância para o Direito Societário e objeto desse estudo. O acordo de acionistas é uma figura interessante para promover regularidade à administração da companhia, ou mesmo, a defesa de direitos de minorias, facilitando a convivência entre os sócios-acionistas.

Contudo, não há discussão consistente sobre o tema na doutrina, que escassamente se debruça sobre os aspectos societários aplicados à sociedade de economia mista; limitando-se, no mais das vezes a uma análise estrita sob a ótica administrativa (especialmente sobre a perspectiva do interesse público). As opiniões existentes, contudo, divergem. Este trabalho se propõe então a discutir a validade abstrata dos acordos de acionista no âmbito das sociedades de economia mista.

Este trabalho se divide em capítulos nos quais se propõe a visitar o tema acordos de acionistas das sociedades de economia mista, perpassando as características desse instituto do Direito Societário e aplicando-o as sociedades de economia mista, para verificar a possibilidade e validade da celebração de acordos com a participação do Estado e, entendendo-se pela sua validade, avaliando à sua atuação na condição de acionista majoritário e controlador dessas sociedades.

Inicialmente este trabalho tratará sobre a sociedade de economia mista sob uma perspectiva sócio-política, para uma melhor compreensão do ente jurídico na sua formatação atual e sua relevância. Em seguida se faz uma abordagem jurídica das sociedades de economia mista (perpassando não só suas características definidoras, mas também aspectos societários relevantes e o aspecto do controle dentro da sociedade de economia mista).

Ultrapassado o breve estudo da sociedade de economia mista passa-se a uma análise dos contratos da Administração Pública em sentido amplo e, particularmente, dos contratos privados da Administração Pública para uma melhor compreensão da

espécie contratual na qual os acordos de acionista se enquadram se firmados pelo Estado e o regime jurídico a eles aplicado.

Posteriormente, há uma introdução ao instituto dos acordos de acionista, abordando sua natureza jurídica, objetos, partes e espécies com a finalidade de viabilizar a melhor compreensão do capítulo seguinte. Finalmente, passa-se ao estudo dos acordos de acionista dentro da sociedade de economia mista e avalia-se abstratamente sua validade e eventuais limitações.

2 DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

2.1 ATIVIDADE EMPRESÁRIA DO ESTADO E INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Hodiernamente, a atuação do Estado na esfera econômica assumiu proporções avantajadas, ou melhor, desde a crise financeira que teve início em 2008, vez que esta exigiu medidas vigorosas e articuladas das autoridades dos países afetados (tendo em vista o mercado financeiro internacional e o fenômeno da globalização da economia experimentado nas últimas décadas, os “países afetados” representam uma maioria esmagadora).

Historicamente esta não é a primeira vez que este fenômeno de intervenções do estado no âmbito econômico acontece. De fato, o intervencionismo estatal tem ápices e quedas a depender do momento econômico³.

No Brasil, especificamente, a figura da empresa estatal ganha ainda mais destaque em função da decisão política de utilizar a participação acionária do Estado para a consecução dos mais variados objetivos.

Para Mario Engler Pinto Junior,⁴ os fatores que explicam a atuação empresarial do Estado variam de acordo com o regime sociopolítico e o nível de desenvolvimento

³ FERREIRA, Geraldo Sobral. A falência da sociedade de economia mista no Plano Collor. **Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA**. Salvador: Centro Editorial Didático da UFBA, n. 1 jan./jun 1991 p.35-37.

⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 8-10

econômico em que ele se encontra, podendo ser divididos em três grandes categorias.

A primeira engloba os países socialistas de natureza planificada, onde não há liberdade de atuação para a iniciativa privada. A empresa estatal constitui a unidade básica de produção nacional. Aqui, mesmo havendo autonomia patrimonial e personalidade jurídica distinta do Estado, não há uma independência decisória na empresa, estando vinculada ao comando do governo central (não há uma resposta aos estímulos do mercado). O estado interfere de forma direta no cotidiano da empresa, baseando-se na crença de que a propriedade pública dos meios de produção permitiria a distribuição (mais) igualitária do poder na sociedade e, conseqüentemente, uma harmonia nas relações de capital-trabalho⁵.

Países em desenvolvimento, as chamadas economias de transição, são os integrantes da segunda categoria. Nestes, o surgimento da empresa estatal procura preencher a lacuna deixada pelo setor privado, que muitas vezes não consegue movimentar o capital necessário para investimentos na indústria de base e de infraestrutura. Tais indústrias requerem alto volume de recursos, possuem riscos elevados e muitas vezes não oferecem uma alta taxa de rentabilidade. Desse modo, “o avanço do processo de industrialização nacional depende essencialmente do investimento público combinado com a oferta de linhas de financiamento em condições favoráveis à iniciativa privada”⁶.

⁵ Acerca da fundamentação ideológica por trás da participação do estado na economia, particularmente no tocante às empresas estatais, ressalta-se que esta não se restringiu a países de regime comunista, como bem retrata PierAngeloToninelli: “*At some risk of over-generalization, the motives for nationalization can, however, be grouped into three main categories. First, there are political and ideological reasons for nationalization. These, of course, were fundamental in the policies that led to collectivist economies in communist countries. They also played an important role in the nationalization programs of Western countries in the post-war period. (...) In any case, when ideological reasons prevailed, nationalization programs were based on the belief that enlarging public properties and activities could open the way to a fundamental change in the distribution of power within society, thus endangering a new social – economic equilibrium based on the diminished power of private capital and the increased power of labor. (...) These, of course, were fundamental in the policies that led to collectivist economies in communist countries. It was not by chance that the main waves of nationalization occurred in France, Austria, Great Britain and Holland when these parties were in control*”. TONINELLI, Pier Angelo. **From private to public to private again: a long-term perspective on nationalization.** *Análise Social*, vol. XLIII (4.º), 2008, p.675-692. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1228400032F8jKF5eg6R117HK3.pdf>>. Acesso em: 18 de nov. 2014.

⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

Alfim, nos países capitalistas já desenvolvidos, a estatização de setores específicos da economia ocorre em decorrência de motivação política ou estratégica para a economia⁷.

Nestes últimos, de forma mais acentuada que nos países em desenvolvimento, o movimento da estatização é pendular, ocorrendo ondas de estatização seguidas de ondas de privatização (ou desestatização)⁸.

Historicamente as empresas estatais foram criadas por dois motivos aparentemente contrapostos. Por um lado, para explorar negócios altamente rentáveis sob a forma de monopólios públicos e, assim, gerar recursos para financiar atividades tipicamente governamentais. De outra parte, como instrumento para promover a industrialização nacional mediante o fornecimento de infraestrutura adequada, particularmente à vista de uma iniciativa privada que não está disposta a fazê-lo⁹. Assim, o modelo de economia mista não decorre necessariamente de motivação ideológica.

A propriedade pública dos meios de produção não precisa possuir um fim em si mesmo, sendo possível que vise o atendimento de necessidades objetivas. A intervenção direta é, no mais das vezes, motivada por uma limitação na capacidade do mercado de organizar a produção local, que, conforme visto, ocorre com maior frequência em países em vias de desenvolvimento. Suprem-se, através do estado, as falhas de mercado, em um conceito ampliado, abrangendo não só a concepção clássica de deficiência de funcionamento em razão da qualidade intrínseca dos bens

⁷ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10

⁸ A título de elucidação faz-se importante a breve observação de Toninelli acerca do sentimento da população acerca da estatização x privatização: *"Publicsentimenttowardthe role ofthestate in theeconomyis quite volatile. Less than ten years ago, when I was organizing a conference in Milan to survey the historical perspective of the state-owned enterprises (SOE) experience in a number of Western countries, the role and even the existence of public enterprise was subjected to strong, often devastating criticism, in both the economic-political literature and the socio-political debate. At the same time, the term and concept of "nationalization", the main process by which SOEs are created, had neatly assumed a negative value and was used only in close connection with its opposite term, "privatiza- tion". It seems to me that such a sentiment is no longer so clear: the privatization processes have slowed down, doubts about quite a few dena- tionalization initiatives already settled upon are surfacing, the public opinion, particularly in some former socialist countries, looks perplexed, and first-rate politicians and ministers claim the right to intervene once again when sectors or firms appear unable to extract themselves from difficulties"*. TONINELLI, Pier Angelo. **From private to public to private again: a long-term perspective on nationalization**. *Análise Social*, vol. XLIII (4.º), 2008, p.675-692. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1228400032F8jKF5eg6R117HK3.pdf>>. Acesso em: 18 de nov. 2014.

⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.14

produzidos, mas também aspectos gerais de macroeconomia¹⁰. Ou seja, almeja-se corrigir falhas que barram o desenvolvimento saudável do empreendedorismo.

A corrente progressista do pensamento econômico pugna por uma intervenção mais profunda e constante (isso é mais estável, sem oscilações) do Estado na economia, “mediante políticas de investimento anticíclicas e adoção de medidas redistributivas para assegurar a oferta de bens e serviços essenciais ao consumo humano, a preços acessíveis, cuja demanda não pode ser atendida adequadamente pelo poder público”. A origem da empresa estatal não seria explicável apenas pelo mau funcionamento do mercado, mas pela resposta ao abuso do poder econômico privado em detrimento dos consumidores e pela preocupação com a segurança nacional¹¹.

Ainda quando a opção política seja pelo favorecimento ao livre mercado, a presença estatal no domínio econômico pode se tornar necessária em por razões conjunturais, numa quase unanimidade associada a crises financeiras agudas. Nessas ocasiões, o Estado é compelido a assumir atividades consideradas estratégicas para assegurar a continuidade de empresas privadas ameaçadas pela crise (que, em não sobrevivendo, podem causar um risco sistêmico) e assim prevenir a comoção social¹².

No atual momento histórico, não se pode negar que a preocupação com o desenvolvimento e estabilidade da economia torna indispensável a atuação do Estado no campo econômico, devendo prover segurança jurídica aos agentes privados, mas também sendo possível melhorar o ambiente econômico com estímulos de mercado mais diretos. É possível imaginar uma atuação que combina simultaneamente esforços para melhorar o ambiente de negócios, com pro-atividade por parte do Estado em relação a empreendimentos de maior relevância

¹⁰ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.15

¹¹ GALAMBOS, Luis; BAUMOL, William. Conclusion: Shumpeter Revisited. In: TONIELLI, Pier Angelo (Coord.). *The rise and fall of State-owned enterprise and the western World*. Cambridge: Cambridge university press, 2008. p. 303-311.

¹² De fato, isto ocorreu no segundo semestre de 2008, diante dos problemas gerados pelo desfalhecimento das economias globais. A situação grave tornou necessária a intervenção profunda e coordenada dos governos nacionais em suas economias para preservar o sistema de trocas e evitar um colapso da economia mundial. RÉBELO, Felipe Cesar José Matos. **Crise financeira de 2008: a intervenção do estado no domínio econômico**. Revista da SJRJ, Vol. 17, No 28 (2010).

socioeconômica com o favorecimento de mecanismos de coordenação coletiva como complemento a estímulos de mercado¹³.

A viabilizar tal atuação, resultado da combinação entre intervenção estatal substitutiva da iniciativa privada e confiança irrestrita no funcionamento dos mercados, pressupõe sejam vestidos sistemas de governança mais flexíveis, combinando a eficiência econômica e legitimação democrática, através de molduras legais e processos decisórios que assegurem a participação dos principais agentes¹⁴. Tais modelos de governança¹⁶ reflexiva almejam superar a dicotomia entre agente-principal inerente ao “conflito de agencia¹⁷”.

¹³Essa visão é identificada por Trubek como “nova política econômica do desenvolvimento” (*new political economy of development - NPED*): “*The NPED rejects classic developmentalism’s faith in the state and abandons the idea of detailed central planning. Writers in this vein recognize that market signals are important and private actors have much of the information needed to chart effective strategies. But they also assume that, without various inputs and guidelines from the state, private actors may not get the full picture needed to make good investments or be able to capitalize on what they know. In such cases, effective development policy requires close coordination between public and private actors, search, experimentation, and tailoring of public action to specific needs and contexts.(...) If we wanted to sum up the NPED in a few words, it might be in envisioning development as a process of discovery in which the state seeks to empower the private sector and state and market function best when they are linked in collaborative structures that foster experimentation and revision.*”

TRUBEK, David M.. *Developmental States And The Legal Order: Towards A New Political Economy Of Development And Law*. **Univ. Of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1075**. Dec. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1349163>. Acesso em: 24 nov. 2014. p.9-10

¹⁴ Sobre o equilíbrio entre a flexibilidade e estabilidade que caracteriza o “novo Estado desenvolvimentista” explica Trubek: “*The new developmental states seem to need both flexibility and stability. The commitment to experimentation creates a need for flexible, specialized, and easily revisable frameworks. Such frameworks are needed at the procedural and substantive level. Procedural frameworks are needed to manage the kind of public-private collaboration required to identify new markets, products, and processes. Substantive frameworks are needed to provide the kind of specialized regulatory regime best suited both to elicit private investment and ensure it serves the public interest. Because the whole point of the exercise is to try new ideas and seek new paths, it would seem that procedures need to allow for maximum flexibility and substantive frameworks should be easily and quickly revisable*”. TRUBEK, David M.. *Developmental States And The Legal Order: Towards A New Political Economy Of Development And Law*. **University Of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1075**. Dec. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1349163>. Acesso em: 24 nov. 2014. p.21.

¹⁵ Orly Lobel identifica esse novo tipo de governança, nomeando-o “Renew Deal”, entendendo que este modelo é maleável aos diversos interesses afetados pela governança: “*The governance model should thus be understood as an attempt to envision a third way between state-based, top-down regulation and a single-minded reliance on market-based norms; between centralized command-and-control regulation and individual free contract. It aims to transcend the conceptual dichotomies of regulation and deregulation; of legal directive and spontaneous market behavior. Inventing flexible, responsive administrative practices may be the only alternative to big, blunt bureaucracies on the one hand, and private market mechanisms on the other. A key promise of the Renew Deal is its explicit suggestion that economic efficiency and democratic legitimacy can, under certain conditions, point in the same direction. Governance principles can increase both efficacy and accountability, thereby restoring the legitimacy of the legal regime. Governance is efficient because it encompasses multiple arenas and mechanisms by which to learn, adapt, and improve. It is democratic because it encourages the participation of more citizens*

A empresa estatal é capaz de atuar em três ambientes distintos: o primeiro pode servir de técnica de organização jurídica para prestação descentralizada de serviços públicos, conforme critérios de conveniência e oportunidade administrativa; o segundo pode atuar em regime de monopólio, com vistas a capturar rendas extraordinárias, normalmente ligadas à exploração de recursos naturais, combinado com a satisfação de objetivos estratégicos de interesse nacional; o terceiro pode funcionar como veículo da atividade econômica, sujeita à livre iniciativa e concorrência, quando houver relevante interesse nacional (hipóteses previstas na Constituição Federal). Em qualquer destas hipóteses, o ativismo empresarial do Estado pode contribuir para implementar políticas públicas, almejando atender direitos fundamentais dos cidadãos, direcionando as atividades da iniciativa privada

and attention to more interests in legal processes. Moreover, the Renew Deal vision reconciles the ongoing tension between the fear of big government and the need for a public response to social challenges. Coordinated decentralization addresses the expectation of Americans that government policy will reflect their moral values and sense of fairness, but efficiently, leaving the greatest possible amount of control in the hands of those closest to the problems". LOBEL, Orly. San Diego Legal Studies. 07-27. **Minnesota Law Review**. Vol. 89. Nov. 2004. p. 363-364. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=723761>. Acesso em: 24 nov. 2014.

¹⁶ O conceito de Governança Corporativa surge por volta da década de noventa e vem ganhando destaque nos ambientes acadêmico, político e empresarial. O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) define Governança Corporativa como: "o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle". Há uma difundida ideia de que a Governança Corporativa e seus mecanismos ajudariam empresas a conquistar novos investidores e o apoio da sociedade onde estão inseridas. Uma das preocupações da Governança Corporativa consiste no relacionamento entre os executivos ou acionistas controladores com os acionistas minoritários. Dessa relação pode nascer uma situação conhecida dentro da Governança Corporativa como conflito de agência, que ocorre quando o principal (acionista) delega a administração do negócio ao agente (gestor), que usa o poder para atingir objetivos próprios e não do todo. Para minimizar os conflitos de agência, a Governança Corporativa determina que alguns princípios sejam seguidos. Entre eles está o princípio da equidade, que postula que os agentes e os proprietários mantenham um relacionamento justo e igualitário. DE MOURA, Fábio Viana; DANIEL, Adeline Fatima; GOMES, Jeane Natalina; PEREIRA, Jussara Jéssica. Conflitos de Agência, Legitimidade e o discurso sobre Governança Corporativa: o caso Petrobras. **Anais do XI Congresso USP de Iniciação Científica em Contabilidade**. Jul. 2014. Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/web/artigos142014/316.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

¹⁷ A relação de agência origina-se da separação entre propriedade e gestão. Como consequência desse rompimento, surge a necessidade de se delegar a um subordinado, o agente, a realização de tarefas ou decisões que serão definidas conforme os objetivos daquele que delega, e, o principal. Contudo, que o agente, sendo contratado para agir de forma a maximizar a riqueza do principal, não deixaria possuir e perseguir seus próprios interesses (normalmente um resultado a curto prazo). Por isso, quando estabelecida a relação de agência, as decisões empreendidas dentro de uma empresa tenderiam a ser conflituosas. Uma vez que, o agente, ao visar seus próprios interesses, empreenderia ações que poderiam não atender aos objetivos do principal. O desentendimento derivado das necessidades divergentes entre agente e principal é conhecido como conflito de agência. DE MOURA, Fábio Viana; DANIEL, Adeline Fatima; GOMES, Jeane Natalina; PEREIRA, Jussara Jéssica. Conflitos de Agência, Legitimidade e o discurso sobre Governança Corporativa: o caso Petrobras. **Anais do XI Congresso USP de Iniciação Científica em Contabilidade**. Jul. 2014. Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/web/artigos142014/316.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

e, assim, alcançando objetivos prestigiados tanto de ordem econômica, quanto social¹⁸.

Neste contexto, a atividade empresarial do Estado não se destina apenas a corrigir eventuais falhas de mercado – muito embora também possa haver essa conotação, como houve durante o período inicial de industrialização do Brasil, sendo muito comum na indústria de base –, mas se reveste de conteúdo axiológico em prol do consumidor e mesmo da inclusão social.

Isto se deve também ao contorno regulatório que a empresa estatal toma a partir da interação direta com as demais empresas participantes do mercado, induzindo-as a comportamentos mais vantajosos numa perspectiva social. Cabe ao Estado criar “opções públicas” de serviço e bens essenciais e assim confrontar o mercado, dominado pela busca do lucro e não interesse do cidadão-consumidor e sua capacidade econômica¹⁹.

2.1.1 Evolução Histórica no Brasil

Em uma análise econômico-administrativa, é possível dizer que o nascimento das sociedades de economia mista remonta ao surgimento das Sociedades Anônimas²⁰, obviamente não nos moldes legais que conhecemos hoje, mas certamente uma parceria entre público e privado organizados sob a forma das primeiras companhias, um embrião de sua configuração atual.

Em uma análise histórica, figuram como precursoras das sociedades anônimas as companhias criadas pelo Estado no século XVII, em que havia uma associação de capital público-privado, para a exploração do comércio ultramarino. Como exemplo há as famosas Companhias das Índias Ocidentais e Orientais, que nada mais eram do que sociedades criadas pelo Estado, em que vultosas quantias de capital público e privado se associavam para explorar as terras e riquezas das terras recém-

¹⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5.

¹⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.5.

²⁰ AMORIM, Aline Zaed de. Conflito de acionista minoritário e majoritário em sociedade de economia mista. 2010. Artigo Científico (pós-graduação em direito) - Escola de Magistratura do Rio De Janeiro, Rio de Janeiro. p.3

descobertas. Todavia, sob o enfoque jurídico, tais associações de capitais não possuíam o arcabouço teórico que embasa a criação de uma sociedade de economia mista em tempos atuais. Tratava-se, assim, apenas de uma junção de capitais, cujo fito era exclusivamente a repartição de eventuais lucros futuros²¹.

No Brasil, a primeira empresa brasileira que experimentou a utilização da sociedade por ações para atender a finalidades estatais foi o Banco do Brasil, criado em 1808, cujo controle acionário era da Coroa Portuguesa, que desembarcou no Brasil naquele ano, sendo permitida a participação de acionistas privados na condição de minoritários²². Obviamente este episódio se deu anteriormente ao alastramento do capitalismo.

No que diz respeito ao ingresso do Estado brasileiro no setor ferroviário, este também não marcou o início de uma tendência estatizante, tendo ocorrido numa dinâmica particular. As ferrovias foram originalmente uma iniciativa privada nascida no século XIV, porém sem o planejamento adequado e com forte dependência de subsídios governamentais. O investimento estrangeiro (particularmente britânico, americano e canadense) foi o abonador da construção e operação de relevantes ferrovias do Brasil, cuja rentabilidade era garantida pelo estado. Contudo, estas ferrovias se tornaram deficitárias, pois foi se tornando aparente que o custo para manutenção do lucro garantido seria maior do que o custo da nacionalização destas ferrovias. Em 1929, a União e os Estados já operavam a maior parte da malha ferroviária brasileira à época²³.

²¹ AMORIM, Aline Zaed de. Conflito de acionista minoritário e majoritário em sociedade de economia mista. 2010. Artigo Científico (pós-graduação em direito) - Escola de Magistratura do Rio De Janeiro, Rio de Janeiro. p.3-4.

²² PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18.

²³ Esta observação é feita por Trebat: "*The early impetus to the construction of basic transportation and utilities in Brazil was provided by foreign capital, although the intervention of the state was essential. For example, the railroads were constructed with heavy inflows of British capital, but investors were guaranteed by the state a minimum rate of return on their investment. (...) Public ownership of the nation's railroads dates from the beginning of the twentieth century and is rooted in particular circumstances. The policy of government-guaranteed rates of return on foreign investment in the railroads had resulted in a heavy strain on the government budget. After a point, it became apparent that it would be cheaper to nationalize the foreign lines rather than to continue the profit remittance policy. Large parts of the foreign-owned rail network was purchased. Thereafter, major expansions of the system were undertaken primarily by the public sector. By 1929, 60% of the system was owned by federal and state governments*". TREBAT, Thomas J. **Brasil's state-owned enterprises: a case study of the state as entrepreneur**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983. p.39-40. Disponível em:

Cumprido ressaltar que a estatização da malha ferroviária não representou, de forma alguma, confisco da propriedade privada. Mas tampouco pode este evento ser considerado o início da formação do setor produtivo estatal, seja porque nunca atingiu dimensões importantes, seja porque não contribuiu de forma definitiva para o desenvolvimento nacional²⁴.

A estatização mais ampla da malha ferroviária se deu durante o segundo governo de Vargas, que durou de 1951 a 1954, com a criação da Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA), sob a forma de sociedade de *holding*. A RFFSA não foi criada somente para realizar investimentos pouco rentáveis, mas realizou também políticas públicas de contenção tarifária e contratação de pessoal, por exemplo, que refletiram de forma negativa nos resultados da sociedade, por mais que tenham beneficiado indiretamente alguns outros setores da sociedade²⁵.

O ativismo do estado brasileiro no campo econômico toma força de forma mais organizada a partir da década de 40. A Constituição de 1937 preservou o que já havia nas Cartas Políticas em matéria de intervencionismo e nacionalismo, destacando, contudo, de forma mais óbvia, a atuação direta do estado na economia^{26,27}.

À época, não havia instrumentos adequados de planejamento e fomento à atividade privada, motivo pelo qual o Estado se viu forçado a assumir a forma empresarial e passar a explorar diretamente empreendimentos em setores estratégicos da economia de base. De fato, a constituição de companhias com capital público,

<http://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=QMVgkIA9NKEC&oi=fnd&pg=PP1&dq=related:ATcyx6seng4J:scholar.google.com/&ots=MVuOF2M_iH&sig=9sqlUzjLhNye1zXBdiMI1ifmk0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 24 nov. 2014.

²⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.19.

²⁵ DAIN, Sulamis. *Empresa estatal e capitalismo contemporâneo: uma análise comparada*. 1980. Tese (Doutorado em economia) – universidade estadual de campinas. Campinas. p.88 *et seq.*

²⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20.

²⁷ De fato na Carta de 1937 o art. 135, no capítulo intitulado “DA ORDEM ECONÔMICA” tinha a seguinte redação: “Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Brasília, DF, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 24 nov. 2014.

voltadas a cumprir objetivos específicos, foi a estratégia escolhida para gerar o desenvolvimento econômico²⁸.

A ideologia que predominou durante o primeiro governo de Getúlio Vargas pregava o nacionalismo econômico como fórmula para dar independência ao Brasil dos interesses externos. Aqui adquire relevância estratégica o investimento na indústria de base, especialmente nos setores que já contavam com a presença do capital estrangeiro(ref 20). Durante o governo do Presidente Dutra (de 1945-1950), há uma guinada na orientação político-econômica do país: o nacionalismo que busca alcançar um capitalismo autônomo é substituído por uma relação de interdependência das economias mundiais. Paralelamente, buscou-se reduzir o intervencionismo estatal. Com a volta de Getúlio Vargas ao poder (em 1951-1954) através do voto popular, retornaram também as políticas pela defesa do interesse nacional contra a exploração feita pelo capitalismo estrangeiro, todavia com uma percepção de que o estado deveria atuar de forma efetiva para solucionar estrangulamentos que inviabilizavam uma rápida industrialização no Brasil, *conditio sinequa non* para o desenvolvimento econômico²⁹.

Quando a industrialização foi concebida por Getúlio Vargas, foi pensada para ser um processo rápido, concentrado no tempo, a partir de um bloco de interações públicas e privadas em infraestrutura e na indústria de base, reservando-se à empresa estatal um papel estratégico e dinâmico. Ambos os setores eram vistos como interligados, pois o desenvolvimento do primeiro pressupunha a disponibilidade de equipamentos e materiais, cujo fornecimento seria providenciado pelo segundo. Em harmonia com discurso presidencial, o governo federal cria, então, novos instrumentos e programas para realizar a política econômica, dando ênfase à criação de empresas no ramo financeiro, do petróleo e da energia elétrica.

O Brasil, como exemplo clássico de capitalismo tardio, não podia se permitir dispensar a atuação empresarial do Estado para alavancar a produção privada, que, naquele momento histórico, carecia de organização produtiva e de insumos básicos.

²⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20.

²⁹ IANNIM, Octávio. **Estado de planejamento econômico no Brasil**. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.p.12

Desta forma, a empresa estatal se transformou no principal motor da industrialização nacional³⁰.

O verdadeiro marco do capitalismo brasileiro de Estado teve origem em investimentos inaugurais no setor siderúrgico, petrolífero e elétrico. A prioridade do Governo era estruturar os setores de alta importância para o desenvolvimento nacional, sem os quais o crescimento econômico e a industrialização não seriam possíveis. Tratava-se de projetos de capital intensivo, que necessitavam de longos prazos de maturação, possuindo retorno incerto ou baixa rentabilidade. Ainda com o detalhe de que o aporte necessário para instalação nesses setores supramencionados superava, em muito, o que a iniciativa privada podia e estava habituada a movimentar no período da substituição das importações³¹.

Neste contexto, a empresa estatal brasileira supriu os vazios deixados pela iniciativa privada, e não com o propósito de disputar mercado. Conseqüentemente, a empresa estatal já assume uma função regulatória, na medida em que tem o propósito de estruturar e organizar a cadeia produtiva nacional e, assim, viabilizar a instalação de empreendimentos privados.³²

No início do século XX, a indústria siderúrgica era vista como conexas à mineração. A extração do minério de ferro à época era dominada pelo capital estrangeiro, organizada sob a *BrazilianHematiteSyndicate*, cuja maior parte de sua produção era exportada. Apesar das tentativas, o governo brasileiro não logrou êxito em obter um compromisso do capital estrangeiro em desenvolver uma produção de aço local. Portanto, a partir deste momento, o comércio do minério tornou-se antagônico ao interesse brasileiro de implantar uma indústria siderúrgica no Brasil.

No entanto, só em 1942, com a celebração dos Acordos de Washington entre o Brasil e os Estados Unidos, durante o governo de Vargas, que ratificou o apoio do Brasil aos aliados, é que houve o estopim que levou à criação do parque siderúrgico

³⁰Pode-se dizer que o ingresso do Estado brasileiro na economia assumiu um caráter originário, vez que não decorreu da estatização de empresas privadas pré-existentes, mas sim da criação de novas sociedades. Diferentemente do que ocorreu em alguns países Europeus, a exemplo de Itália, França e Inglaterra, que viram na estatização de empresas atuantes do setor privado a corda de salvação de setores de suas economias. TONIELLI

³¹ IANNIM, Octávio. **Estado de planejamento econômico no Brasil**. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.p.24

³² IANNIM, Octávio. **Estado de planejamento econômico no Brasil**. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.p.25-26

nacional. Conseqüência destes Acordos, o Brasil obtém do governo norte-americano a garantia do financiamento, bem como do fornecimento de materiais para a implantação de siderúrgicas de grande porte. Tal empreendimento ficou sob a incumbência da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), criada em 1941, sob a forma de sociedade de economia mista, cujo acionista majoritário era o tesouro nacional. Em contrapartida, o Brasil se comprometeu a fornecer aos Estados Unidos minério de ferro através da Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), construída a partir da estatização da *Itabira Iron*³³. (ref 27)

A criação da CSN representou um marco na industrialização do Brasil, dentro do modelo traçado pelo governo de Vargas, devendo:

- (i) ser controlada pelo Estado, embora com participação minoritária privada no seu capital; (ii) não depender de subsídios públicos, mas ter seu orçamento anual escrutinado pelo governo central; (iii) não ter garantia de monopólio e ser operada com eficiência em ambiente competitivo de mercado³⁴.

É possível resumir sumariamente as causas que levaram ao movimento das estatizações na década de 40 às seguintes: i) o desenvolvimentismo baseado na instauração de um setor industrial diversificado no país, especialmente em setores nos quais investidores privados não estavam interessados ou não dispunham dos recursos financeiros para investir; ii) preocupação com a “segurança nacional”, que

³³ Sobre o sucesso das companhias CSN e Vale do Rio Doce é interessante fazer um comparativo: enquanto a CSN encontrou seu apogeu na década de 50, em virtude da posição monopolista de mercado e da demanda por seu produto. Durante esta época a CSN possuía um relativo poder na definição dos preços de mercado. Com o tempo a relevância da siderurgia para o crescimento do país e desenvolvimento de outras áreas da indústria levou o Brasil a impor às companhias controladas a observância de objetivos mais amplos de política econômica, assim sacrificando a rentabilidade das operações. Para melhor ilustrar tal panorama cita-se a prática pela companhia de preços administrados e divisão do mercado conforme critérios de práticas de especialização racional. Já a CVRD, muito embora tenha todo o desafio inicial de reaparelhar as instalações, investir no transporte ferroviário, escoamento marítimo do minério para o exterior, e para tanto tendo que tomar um empréstimo vultoso para os padrões da época junto ao *Eximbank*, em contrapartida teve que a cláusulas contratuais que impunham a gestão compartilhada da empresa, o aumento programado de produção e prioridade do atendimento da demanda externa. Conseqüentemente, a CVRD já nasceu voltada para atividade de exportação, com uma forte independência econômica e de gestão, tendo como principal objetivo a geração de divisas para o país a partir da maximização de seus lucros. Assim a CVRD, diferentemente das demais empresas do setor siderúrgico teve pouca serventia como instrumento de política econômica, enquanto a CSN passa a ter o papel de reguladora. Alfim percebe-se que as empresas acabaram por se inverter e seus papéis originalmente atribuídos pelo Governo. PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 28-29

³⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27.

abrangia a escassez de produtos fundamentais durante a Segunda Guerra Mundial, o desejo do governo de manter sob o seu controle as indústrias consideradas estratégicas e o nacionalismo econômico que teve como efeito a ideia de restringir a participação do capital estrangeiro em alguns setores da indústria; iii) a falha regulatória que obrigava o governo a subsidiar empresas estrangeiras concessionárias de serviço público para assegurar sua lucratividade, a verticalização e diversificação das atividades de grandes empresas estatais, mediante a criação de subsidiárias controladas para ocupar os espaços vazios em outras áreas com taxa de retorno mais elevadas³⁵.

Outro marco na história da intervenção econômica no estado e das sociedades de economia mista no Brasil, como mencionado, é a criação da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, no início da década de 50. Enquanto é verdade que nasceu como resposta ao movimento nacionalista, havia também necessidade de uma ação coordenada que deu ensejo à estatização da produção elétrica com a criação da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS (caracterizado principalmente pela energia hidroelétrica de grande porte).

Já na década de 60, durante o governo de Castello Branco, foi concebido o Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG), tendo como finalidade criar condições propícias ao florescimento das empresas nacionais e estrangeiras. Da experiência com o PAEG, foi possível o desenvolvimento do Plano Decenal de Desenvolvimento Econômico e Social, que consistia na programação da produção, do consumo, dos investimentos públicos federais, com a identificação das respectivas fontes de financiamento, e, ainda, na definição das ações indiretas do Governo através dos instrumentos de regulação econômica. (31)

Na década de 70, por sua vez, se ganha uma real consciência da importância da empresa estatal (seja empresa pública ou sociedade de economia mista) como apetrecho para intervenção direta nos mais diversos campos econômicos, em oposição às demais formas de atuação indireta.

³⁵PINHEIRO, Armando Castelar. A experiência brasileira de privatização: o que vem a seguir? Texto apresentado na Segunda Conferência Anual de Desenvolvimento Global, em Tóquio de 10 a 13 de dezembro de 2000. Novembro de 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Sotor/Privatizacao/200011_5.html> Acesso em: 24 nov. 2014. p.8-10.

Enquanto durante as décadas de 40 e 50 a atuação do estado na economia buscava viabilizar uma rápida industrialização, a partir da década de 70 inicia-se um movimento pela ampliação e criação de tecnologia nacional. Buscou-se alcançar tais objetivos através do investimento público em áreas de alta tecnologia. É neste período que há a criação de alguns exemplos paradigmáticos como a Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. - EMBRAER e da Computadores e Sistemas Brasileiros S.A. – COBRA. (ref 33)

A EMBRAER é vista como um sucesso de empreendimento, especialmente levando em consideração os resultados alcançados, muito embora, para tanto, tenha consumido absurdos valores de dinheiro público também sob a forma de incentivos fiscais³⁶. Ainda assim, por um tempo, só foi possível viabilizar a estatal economicamente através de proteção tarifária e pela demanda proporcionada pelas compras do governo. Por outro lado, a COBRA teve um destino bastante diferente, pois encontrou dificuldades em conciliar os objetivos estratégicos almejados pelo governo com a necessidade de assegurar resultados financeiros ao menos equilibrados, sem ter recebido as mesmas vantagens concedidas à EMBRAER. (REF 33)

Independentemente do destino de ambas as empresas, percebe-se que, neste momento histórico, há uma mudança no papel tipicamente atribuído às empresas públicas pelo estado, que tradicionalmente forneciam bens e serviços “básicos”, e não produtos com alto grau de sofisticação. A experiência com a COBRA e a EMBRAER teve também o papel de demonstrar que diferentes situações justificam a atuação empresarial do Estado (ref 34).

Certo é que o período foi marcado por forte expansão da atividade empresarial do Estado Brasileiro, tendo se estabilizado economicamente até a primeira crise do petróleo, que teve consequências catastróficas para a economia nacional.

A diversificação e expansão das empresas estatais já existentes mantiveram-se durante o período do governo militar, pois se coadunavam com o pensamento militarista que, em aliança com a tecnocracia da época, o setor público deveria ocupar os espaços vazios deixados pela iniciativa privada, especialmente se tais tecnologias tivessem utilidade militar. Neste contexto, temos os projetos de

³⁶ Durante um período facultado aos contribuintes era possível deduzir parte de seu imposto de renda e revertê-lo à EMBRAER, tendo ela, assim, uma fonte cativa de recursos. PINTO. P.34

aeronaves tanto comerciais como militares da EMBRAER e programas nucleares ambiciosos da Empresas Nucleares Brasileiras S/A – NUCLEBRAS³⁷.

Não há consenso doutrinário sobre se o rápido crescimento do setor estatal brasileiro teria sido resultado de uma ideologia de intervenção do Estado ou causado por movimentos superpostos, muito embora desconexos. Para muitos autores, conquanto a política econômica tenha começado a ser mais intervencionista com o Estado Novo, o rápido crescimento do número de estatais no pós-guerra não foi um fenômeno planejado, nem tampouco resultado de uma ideologia estatizante. No entanto, há também o entendimento difundido de que sempre houve uma ideologia de intervenção do Estado (seja na forma de estatismo, nacionalismo ou desenvolvimentismo), em que o ponto de referência era o conceito da nação, motivo pelo qual tais conceitos apareciam com tanta frequência entrelaçados, como conceitos intercambiáveis³⁸.

2.1.1.1 O Movimento das Privatizações

Em meados da década de 70, se finda a fase da expansão das estatais no Brasil, e estas começam a ser apontadas como as principais causadoras de desequilíbrios macroeconômicos nacionais, notadamente no que tange ao déficit da balança de pagamentos e o aumento da taxa de inflação. Assim, as estatais passaram a ser rigidamente controladas pelo governo. A título de exemplificação, algumas das medidas tomadas incluíam: restrições para investimentos, endividamentos, autonomia decisória e ainda a exigência de autorização presidencial para a criação de novas subsidiárias³⁹.

Com o agravamento da crise financeira, as empresas estatais passaram a funcionar prioritariamente como instrumento de política macroeconômica de ajuste de recessão, temporariamente abandonando objetivos microeconômicos de interesse

³⁷ TREBAT. P.49-50

³⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. A experiência brasileira de privatização: o que vem a seguir? (Novembro de 2000, Rio de Janeiro). Texto apresentado na Segunda Conferência Anual de Desenvolvimento Global, em Tóquio de 10 a 13 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Privatizacao/200011_5.html>. Acesso em: 24 nov. 2014. p.10.

³⁹ TREBAT. p.55

público, ficando sujeitos a restrições que lhes eram impostas pela Secretaria de Controle de Empresas Estatais – SEST⁴⁰, que fixava limites máximos aos gastos anuais e orientava a programação financeira anual das empresas estatais⁴¹.

Na década de 70, ao contrário do que já ocorria na Inglaterra, não havia ainda no Brasil um movimento propriamente “pró-privatização”, somente uma preocupação com a excessiva presença do estado na economia⁴².

Em termos globais, as empresas estatais começariam a perder popularidade em meados dos anos 70, quando há o início do movimento das privatizações, que teve como pioneira a Inglaterra, em um resultado da convergência de razões internas e externas. Internamente, havia uma necessidade de regular a economia e as contas públicas, ante os gastos que os estados europeus tinham com as políticas do Welfare State. Neste ponto, a venda da participação acionária do Estado nas companhias significou uma bem-vinda receita e revitalizou a economia. De outra parte, havia uma intensa pressão externa para que fosse reduzida a participação do Estado no mercado e nos meios de produção, para dar lugar à iniciativa privada, em compromisso com os ideais de livre mercado. Além disto, não se pode ignorar que os rápidos avanços tecnológicos da época levaram a mudanças estruturais de indústrias onde anteriormente só o Estado conseguiria atuar⁴³.

Formou-se, então, um consenso político segundo o qual o modelo neoliberal teria supremacia sobre os demais, incentivando-se a iniciativa privada a exercer atividades produtivas em concorrência ou em lugar do Estado, dentre elas as

⁴⁰ A SEST tem sua criação no art. 3º do Decreto n. 84.128 de 1979, e teve suas competências delimitadas no art.4º também do Decreto n. 84.128 de 1979, que foi posteriormente revogado pelo Decreto n. 99.606 de 1990. BRASIL. **Decreto n 84.128, de 29 de outubro de 1979**. Dispõe sobre o controle de recursos e dispêndios de empresas estatais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D84128.htm>. Acesso em: 24 de nov. de 2014.

⁴¹ TREBAT. p. 38-39.

⁴² PINHEIRO, Armando Castelar. A experiência brasileira de privatização: o que vem a seguir? (Novembro de 2000, Rio de Janeiro). Texto apresentado na Segunda Conferência Anual de Desenvolvimento Global, em Tóquio de 10 a 13 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Privatizacao/200011_5.html>. Acesso em: 24 nov. 2014.p.7.

⁴³ BELLINI, Nicola. The decline of State-owned enterprise and the new foundations of State-industry relationship. In: TONIELLI, Pier Angelo (Coord.). The rise and fall of State-owned enterprise and the western World. Cambridge: Cambridge university press, 2008. p. 26-28.

economias de transição. A crença foi ainda mais enraizada com a queda dos regimes socialistas e o fim da União Soviética⁴⁴.

Aos olhos públicos, a ideia de privatização rapidamente foi associada à melhoria do desempenho econômico, sendo, então, o modelo de privatizações transplantado para países cuja conjuntura econômico-social em nada se assemelhava com a dos países europeus. A pedra de toque da ideologia por trás da privatização está na convicção de que a intervenção do Estado na economia e nos meios de produção só se justificaria para corrigir falhas de mercado. Esta crença, contudo, nunca justificou historicamente a distinta intensidade das privatizações na economia. Isso porque o paradigma da falha de mercado essencialmente reflete em uma atitude ideológica, onde se avaliam escolhas de políticas em função de sua proximidade ou distância do ideal do *freemarket*⁴⁵.

As políticas de alienação de ativos, então, objetivavam promover a efetividade econômica geral, o desenvolvimento do mercado de capitais, o equilíbrio das contas públicas e, ainda, adequar-se à política vigente de não intervencionismo⁴⁶. Alfim, as estatais eram vistas como ineficientes, principalmente em virtude de sua baixa competitividade e dificuldade de inovar tecnologicamente e gerencialmente⁴⁷.

O movimento de privatizações no Brasil surge com força real na década de 90, com o programa brasileiro de privatizações. Este movimento, porém, não tinha um condão ideológico, se destinando a resolver problemas macroeconômicos de curto prazo gerados em sua maioria pelo desequilíbrio das contas públicas⁴⁸.

⁴⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 44-45.

⁴⁵ BELLINE, Nicola. The decline of State-owned enterprise and the new foundations of State-industry relationship. In: TONIELLI, Pier Angelo (Coord.). *The rise and fall of State-owned enterprise and the western World*. Cambridge: Cambridge university press, 2008. p. 29.

⁴⁶ MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. State-owned enterprises in Brazil: history and lessons. Workshop on State-Owned Enterprises in the Development Process, Paris, 4 April 2014. OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) Conference Centre. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/ca/Workshop_SOEsDevelopmentProcess_Brazil.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2014. p.2.

⁴⁷ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47.

⁴⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. A experiência brasileira de privatização: o que vem a seguir? (Novembro de 2000, Rio de Janeiro). Texto apresentado na Segunda Conferência Anual de Desenvolvimento Global, em Tóquio de 10 a 13 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Sotor/Privatizacao/200011_5.html>. Acesso em: 24 nov. 2014.p.7.

Dois foram os fatores fundantes que levaram à privatização: primeiramente, a insinuação de pretensões corporativas desvinculadas do interesse público, traduzindo-se em uma descomunal generosidade na política de pessoal (e de uma forma bastante acentuada no que concernia aos fundos de pensão); em segundo, decorreu também da imposição do Estado de controles processuais padronizados típicos da administração direta, gerando uma excessiva centralização e burocratização que dificultava, se não impedia, o funcionamento, crescimento e, particularmente, a iniciativa empresarial⁴⁹.

O movimento mais incisivo pela privatização surgiu em 1990, durante o governo Collor, com o Programa Nacional de Desestatização (PND), tendo, como pano de fundo, a mudança da percepção da empresa estatal na economia brasileira. As medidas adotadas foram uma resposta à crise fiscal que ocasionou o esgotamento da capacidade investidora do Estado. O PND tinha, então, como seu principal objetivo, a arrecadação para diminuição da dívida pública, essencial para a estabilização da moeda (na época o cruzeiro novo). Logo, foi priorizada a celeridade na concretização das privatizações, acabando por deixar de lado a imposição aos adquirentes de obrigações de universalização dos serviços e melhora na infraestrutura pública⁵⁰.

⁴⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48-49

⁵⁰ Acerca do PND observa Armando Castelar Pinheiro: "Em particular, a lógica original do PND estava diretamente ligada ao programa de estabilização lançado no início do governo Collor, o que explica a decisão do novo governo de privatizar rapidamente e independentemente da situação macroeconômica instável da época. Por um lado, a receita fiscal aumentou com a criação dos Certificados de Privatização, um título compulsório adquirido pelos intermediários financeiros e que poderia ser utilizado apenas para adquirir ações das estatais. Por outro, e ainda mais importante, o governo esperava reduzir drasticamente a dívida pública aceitando os títulos da dívida pública como moedas de privatização, reduzindo assim o déficit fiscal e consolidando a estabilidade de preços. As principais moedas de privatização foram as dezenas de bilhões de dólares da poupança privada, denominadas em cruzados novos, a velha moeda, que foram temporariamente congelados no Banco Central como parte do programa de estabilização lançado simultaneamente com o PND. Esperava-se que essa poupança congelada, prevista para ser devolvida em 12 parcelas, com início em novembro de 1991, garantisse, por sua vez, uma alta demanda pelas ações das estatais. A sinergia entre a estabilização e a privatização estava fadada ao fracasso por problemas em ambos os programas. A privatização começou com metas muito otimistas em termos de receita e cronograma, que se mostraram impossíveis de serem cumpridas devido à precária situação financeira das estatais e à complexidade do acordo de acionistas dessas empresas. As estatais não estavam prontas para a venda, precisando de um longo processo de preparação antes que pudessem ser privatizadas(...)". PINHEIRO, Armando Castelar. *A experiência brasileira de privatização: o que vem a seguir?* (Novembro de 2000, Rio de Janeiro). Texto apresentado na Segunda Conferência Anual de Desenvolvimento Global, em Tóquio de 10 a 13 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Sotor/Privatizacao/200011_5.html>. Acesso em: 24 nov. 2014.p.18-20

Neste plano, as realizações do governo Collor foram poucas, não tendo atingido setores de monopólio de petróleo, gás, eletricidade e telecomunicações. A desconstrução desses monopólios dependeria de mudanças de norma constitucional, e o então Presidente não possuía apoio suficiente para concretizá-las⁵¹.

No primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, houve a dinamização do programa de privatizações, e a venda de grandes empresas estatais atraiu significativo capital estrangeiro para o país, ajudando no financiamento do déficit e fortalecendo o plano real⁵².

Sob um prisma mais tradicional, os ganhos fiscais somente se tornariam duradouros se o que fosse arrecadado com a venda dos ativos fosse aplicado em prol da redução do endividamento público. Não seria razoável, portanto, esperar o aumentada lucratividade das empresas simplesmente em razão da mudança da propriedade acionária. Nem tampouco seria significativa para o equilíbrio das contas públicas a transferência à iniciativa privada de responsabilidade pelos investimentos até aquele momento realizados pelas empresas estatais. Consequentemente, enquanto não fossem desestatizadas, as empresas públicas deveriam melhorar seus resultados, distribuindo dividendos para gerar mais recursos ao tesouro nacional⁵³.

Com isto, houve uma mudança na forma que se via o Estado (ou a função do Estado). À época, enalteciam-se as vantagens advindas da substituição da figura do Estado como regulador de atividades concedidas à iniciativa privada, e não como produtor de bens e serviços⁵⁴.

É da opinião do Professor Toninelli que as inovações tecnológicas e os novos modelos gerenciais mais flexíveis teriam tornado obsoleta a estrutura burocrática da

⁵¹PINHEIRO, Armando Castelar. A experiência brasileira de privatização: o que vem a seguir? (Novembro de 2000, Rio de Janeiro). Texto apresentado na Segunda Conferência Anual de Desenvolvimento Global, em Tóquio de 10 a 13 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Privatizacao/200011_5.html>. Acesso em: 24 nov. 2014.p.22.

⁵²PINHEIRO, Armando Castelar. A experiência brasileira de privatização: o que vem a seguir? (Novembro de 2000, Rio de Janeiro). Texto apresentado na Segunda Conferência Anual de Desenvolvimento Global, em Tóquio de 10 a 13 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Privatizacao/200011_5.html>. Acesso em: 24 nov. 2014.p.22.

⁵³ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 52.

⁵⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.52.

empresa estatal, particularmente dentro de um regime de concorrência. A dificuldade de adaptação das estatais à economia globalizada (sujeita a intensa competitividade e políticas comprometedoras do desempenho empresarial) justificaria a perda da substância da atuação empreendedora do estado.

2.1.2 Críticas ao Desempenho Econômico da Empresa Estatal.

A teoria econômica associa o inferior desempenho da empresa estatal à estrutura de sua propriedade acionária. Muitas vezes isto é feito sem levar em consideração os distintos objetivos por ela perseguidos. Podem ser resumidos os motivos geralmente apontados como razão para ineficiência destas empresas: inicialmente, existem distorções relacionadas com a natureza pública dos direitos de propriedade do Estado, que seriam mal definidos e mal regulados. Em seguida, para aquelas sociedades abertas, há o problema de agência característico das empresas de capital pulverizado, em que os administradores agem de forma descompromissada com a maximização do bem-estar dos acionistas principais. Imputa-se a causa também aos desvios de conduta característicos dos gestores públicos e agentes políticos⁵⁵.

A escolha do melhor modelo de fornecimento, seja público ou privado, dependerá de incentivo da estrutura de propriedade, particularmente da observância de requisitos de qualidade não contratualizáveis. O fornecimento privado de produtos e serviços, via de regra, apresenta maior qualidade a menor custo (justamente em função das peculiaridades que se atribuem à empresa pública). Além disto, a empresa privada, variando em intensidade a depender do setor de atuação, é mais incentivada a produzir inovações. Excepciona-se, aqui, os serviços cuja qualidade seja de difícil estipulação e controle contratual, nestes casos a empresa privada tende a reduzir seus custos em detrimento da qualidade. Isto fica mais acentuado quando o setor privado presta serviços diretamente ao Estado, pois, quando presta serviços ao público em geral, os próprios consumidores funcionam como válvula de controle de

⁵⁵BOZEC, Richard; BRETON, Gaétan; CÔTÉ, Louise. The performance of state-owned enterprises revisited. *Financial Accountability and Management*. Vol.18 p.383-407. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=347133>. Acesso em: 24 nov. 2104. p. 388 et. Seq.

qualidade, uma vez que tendem a observar melhor se os requisitos são atendidos, trocando de fornecedor se não estiverem satisfeitos⁵⁶.

Nesta concepção, a produção estatal só se justificaria nas seguintes hipóteses: quando houvesse a oportunidade de redução de custos que levasse à queda de qualidade do produto ou serviço; quando houver pouca inovação ou esta tiver pouca importância; ou mesmo quando a competição for fraca (deixando o consumidor com poucas opções). Mesmo nestas condições, ainda é possível que o fornecimento por empresas privadas sem fins lucrativos seja mais eficiente que o fornecimento feito pela iniciativa pública. A ausência de objetivo de lucro elimina o incentivo para a redução de custos em detrimento da qualidade e oferece o investimento de excedentes financeiros na atividade. Certo é que a influência negativa de políticas e a corrupção no setor público transformam a atividade privada em uma opção mais interessante⁵⁷.

De outra parte, há o entendimento que a ineficiência das empresas estatais sob o ponto de vista econômico estaria ligado ao desperdício, letargia e baixa qualidade dos serviços, contra a maior produtividade, controle de custos e capacidade de inovação tecnológica das empresas privadas. As estatais possuem objetivos pouco definidos e conflitantes entre si, além da exposição a influências políticas de toda ordem. Já a empresa privada é voltada para a produção de lucro, sendo, como tal, mais sensível aos estímulos de mercado. Todavia, a aparente superioridade da empresa privada, nesses termos, depende de um mercado propício ao seu desenvolvimento e aos negócios. Dentre as condições favoráveis está a regulação que incide sobre os setores da economia, sobretudo quando prestadores de serviço público⁵⁸.

A privatização não garante a melhoria da eficiência econômica em geral, muito embora os resultados possam variar de acordo com o programa implementado. O aspecto mais importante para a melhora dos resultados é liberação de competitividade, pois empiricamente já ficou demonstrado que é mais efetiva para mudança do comportamento das empresas estatais a exposição à concorrência de

⁵⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.56

⁵⁷ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.56

⁵⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.57

mercado do que a transferência do controle acionário, sendo a concorrência o maior estímulo às empresas, sejam públicas ou privadas⁵⁹.

3. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA

3.1 ORIGEM HISTÓRICA E A REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL

O processo de criação de empresas estatais, de natureza de direito privado, é dizer, esta manifestação (não do Estado intervencionista) mas do Estado se apresentando dentro do setor da vida industrial e comercial, competindo inclusive com a livre iniciativa, já vem há muito tempo.

Para tanto foi necessário que a estrutura das entidades assim criadas se desintegrasse da estrutura do Estado para se incorporar a um agente de regime jurídico próprio das empresas privadas. Assim, as disposições administrativas se reduzem às relações entre as empresas e o Estado, pois seu mecanismo deve ser regulado pela legislação comercial⁶⁰.

Esse movimento representou uma etapa da evolução capitalista e teve repercussões em todos os países desenvolvidos, a exemplo de França, Inglaterra e Estados Unidos. A incursão do Estado na economia através deste tipo de empresa foi uma solução não só na indústria de base (a exemplo de eletricidade, transporte e comunicações, para citar alguns itens), mas também em outros setores como das siderúrgicas, do petróleo, do abastecimento, da navegação dentre outros. Este modelo empresarial consegue descentralizar os serviços levando-os de dentro da Administração, por intermédio de uma maior integração com a economia em si⁶¹.

A criação de empresas da forma “mista” ocorreu por diversos motivos, dentre eles a razão de ordem econômica, como a escassez de recursos públicos, o objetivo de

⁵⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.57-60.

⁶⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Empresas públicas e sociedades de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.128, I a VIII abr./jun. 1997, p. 1

⁶¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Empresas públicas e sociedades de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.128, I a VIII abr./jun. 1997, p. 2

atrair poupanças privadas, a conveniência de interessar o público em investimentos privados⁶².

A rigor, ou em um plano ideal, o interesse público dentro das sociedades de economia mista deve guardar uma correlação simultânea com o objeto social, porém sem inviabilizar a sustentabilidade financeira da empresa em longo prazo.⁶³

No Brasil criou-se um novo panorama fático-jurídico para as sociedades de economia mista, muito embora, como anteriormente comentado, em sentido lato a primeira “sociedade de economia mista” brasileira tenha sido criada em 1808. Com a Reforma Administrativa, que se deu com o Decreto-lei nº 200/67⁶⁴ com redação alterada pelo Decreto-lei nº 900/69, determinou-se a forma das sociedades de economia mista, sua constituição, objetivos e ainda seu quadro acionário⁶⁵.

O Decreto-lei nº 200/67 não é uma lei orgânica propriamente, vez que não estabelece a estrutura da Administração. O seu objetivo principal foi a fixação de princípios e diretrizes que propiciassem o melhor funcionamento da Administração, devendo sua estruturação ser realizada por etapas (sempre em conformidade com as diretrizes traçadas) através de decretos do Poder Executivo, para então promover sua reestruturação e reorganização⁶⁶.

Frise-se que antes da promulgação deste Decreto não havia lei geral acerca do tema, haja vista a omissão do diploma anterior sobre sociedades anônimas. Havia apenas as leis especiais que criavam tais sociedades, derogando, ocasionalmente, regras das sociedades anônimas. Em função da ausência de lei específica para as

⁶² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Empresas públicas e sociedades de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.128, I a VIII abr./jun. 1997, p. 5

⁶³ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5.

⁶⁴ Acerca do panorama da administração anterior à promulgação do Decreto nº 200/67 observou Hely Lopes Meirelles que a organização administrativa federal pecava pela excessiva centralização de atividades nos órgãos de cúpula, agravada pela falta de racionalização dos trabalhos de coordenação de serviços morosos e ineficientes, em decorrência da burocracia. A doutrina jurídica da época pugnava por uma ampla desconcentração administrativa, de modo a distinguir as atividades de direção das de execução, as atividades fim das atividades meio, etc. MERELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. 13. Ed. São Paulo: Revisora dos Tribunais, 1987. p. 626.

⁶⁵ SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. Acordos de acionistas das sociedades de economia mista de capital aberto. 2012. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p. 23

⁶⁶ MERELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. 13. Ed. São Paulo: Revisora dos Tribunais, 1987. p. 626-627.

sociedades de economia mista estas se regiam pelas normas do direito comum⁶⁷.

A Reforma Administrativa teve o condão de delimitar com maior precisão o que seria as sociedades de economia mista, afastando-a das sociedades em que o Estado participava de modo eventual e daquelas sociedades em que o Estado participava com o fito de fortalecer a empresa nacional, sem retirar do particular o comando da sociedade que lhe é próprio.

A edição da Lei nº 6.404 de 1976 (a conhecida Lei das Sociedades Anônimas), trouxe regras aplicáveis às sociedades de economia mista. No entanto, não dispensou a aplicação da lei especial, mantendo, portanto, a vigência do Decreto-lei nº 200/67 (com redação dada pelo Decreto-lei nº 900/69) para as sociedades de economia mista.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

É de notório conhecimento que a Administração Pública se divide em direta e indireta e que compõe também a Administração Indireta a sociedade de economia mista, sendo esta sempre pessoa jurídica de direito privado. A sociedade de economia mista, embora seja pessoa jurídica privada, terá sempre grande parte das características inerentes às pessoas públicas, por exemplo: tem sua criação autorizada por lei, não podem se afastar do fim para o qual foram constituídas, ficam sujeitas a controle positivo do Estado. Assim, a diferença primordial entre a pessoa de direito público e de direito privado (criada pelo poder público) está nas prerrogativas e restrições. Enquanto os entes da Administração indireta, constituídos como pessoa de direito público, têm praticamente as mesmas prerrogativas e sofrem as mesmas restrições que os órgãos da Administração direta, as pessoas de direito privado, por sua vez, só possuem as prerrogativas e sujeitam-se as restrições quando expressamente previstas em lei⁶⁸.

Pode-se definir sociedade de economia mista como pessoa jurídica que tem sua

⁶⁷ SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. Acordos de acionistas das sociedades de economia mista de capital aberto. 2012. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p.23

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 423-425.

criação autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, possuindo personalidade de Direito Privado, mas que se submete a regras especiais, decorrentes de sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria ao poder público (União, estados ou municípios) ou a entidade de sua Administração indireta e que possui como acionistas particulares⁶⁹.

Tratam-se as sociedades de economia mista de instituto que, ao mesmo tempo, descentraliza e racionaliza as atividades do Estado, promovendo a parceria entre o capital público e privado para o desempenho de atividades mercantis, podendo abarcar a produção e fornecimento de bens e serviços, com ou sem a delegação de competência específica, através da atividade administrativa, que são criadas com autorização em lei. É sabido que integram a administração indireta⁷⁰.

A doutrina é unânime na afirmação de que a sociedade de economia mista é pessoa jurídica de Direito Privado, instituída por norma constitucional com previsão no art. 173, parágrafo primeiro, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil⁷¹. Observa-se que a Constituição é clara no sentido de que a sociedade de economia mista obedece ao regime instituído para as empresas privadas⁷². Note-se também que a constituição das sociedades de economia mista deve se dar sempre na forma de sociedade anônima, nos termos previstos no art. 5º do Decreto-lei nº

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 175.

⁷⁰ NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Sociedade de economia mista e reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar. v.1, jul./set. 1999. p.91. Diogo Figueiredo Moreira Neto aponta ainda que o conceito formal em que se baseia a distinção entre a administração direta e indireta também se encontra no Decreto-lei nº 200/67, com a alteração introduzida pela emenda constitucional nº 19/98, que acrescentou à administração indireta a figuras das subsidiárias de empresas estatais.

⁷¹ Constituição da República Federativa do Brasil prevê: 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: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (...). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf170a181.htm>, acesso em: 24 nov. 2014

⁷² NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Sociedade de economia mista e reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar. v.1, jul./set. 1999, p. 92

200/67 (que teve sua redação atual dada pelo Decreto-lei nº 900/69)⁷³.

A sociedade de economia mista, nos termos da Lei 6.404/76, está sujeita às normas legais aplicáveis as sociedades anônimas, ressalvadas as disposições de lei federal especial (como o capítulo XIX, art. 235, Lei nº 6.404/76). Em se tratando de sociedade de economia mista de capital aberto serão aplicáveis também as normas emanadas pela CVM (Comissão de Valores Mobiliários) em seus regulamentos e instruções⁷⁴.

Para um segmento doutrinário, a natureza privada das sociedades de economia mista não afasta a aplicação de normas de direito público, particularmente os princípios de direito administrativo. Há o entendimento de que só haveria sentido na figura da sociedade de economia mista quando o Estado participa não apenas na condição de sócio de capital, mas atua de forma ativa na sociedade, interferindo na gestão desta e destinando recursos à sua finalidade⁷⁵.

Contudo, parte da doutrina entende que existe uma cisão nas relações entre sócios, no sentido de que é atribuída predominância do capital público em comparação ao privado. As regras postas em seu favor, de natureza privada, não são aplicáveis no todo. Dessa forma, entende necessária uma relativização das normas de direito privado pelas normas de direito público, em maior ou menor grau a depender da situação⁷⁶.

É também do entendimento do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁷ que o temperamento das normas de direito privado pelas normas de direito público é crítico para a regular interpretação das sociedades de economia mista. Para reportado Autor, um dos traços nucleares das empresas estatais está em serem coadjuvantes de misteres estatais, não podendo tal característica ser afastada de

⁷³ SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. Acordos de acionistas das sociedades de economia mista de capital aberto. 2012. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p.25

⁷⁴ SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. Acordos de acionistas das sociedades de economia mista de capital aberto. 2012. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p.25.

⁷⁵ SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. Acordos de acionistas das sociedades de economia mista de capital aberto. 2012. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p.26.

⁷⁶ SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. Acordos de acionistas das sociedades de economia mista de capital aberto. 2012. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p. 26

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: M alheiros, 2005. p. 178-180.

sua natureza. Esta realidade jurídica representaria o norte para compreensão das empresas estatais (sociedade de economia mista e empresa pública). Conseqüentemente, este seria o critério para interpretação dos princípios jurídicos que lhes são aplicáveis, vez que entende ser essencial à figura jurídica seu caráter de sujeito auxiliar do Estado e acidental suas personalidades de Direito Privado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro não diverge, entendendo que, muito embora sejam criadas sobre a forma de pessoa de direito privado, obviamente socorrendo-se de meios de atuação próprios do direito privado, as sociedades de economia mista “nunca se sujeitam inteiramente ao direito privado. O seu regime jurídico é híbrido, porque, sob muitos aspectos, elas se submetem ao direito público (...) para atingir determinado fim de interesse público”⁷⁸.

3.3 DISTINÇÃO QUANTO À ATIVIDADE E REGIME JURÍDICO

O regime jurídico das Empresas estatais é objeto de profundos estudos e debates por parte da doutrina e da jurisprudência nacionais. Isto se dá em virtude, especialmente, de serem, por um lado, pessoas de Direito Privado, sujeitando-se ao regime jurídico de Direito Privado, e, por outro, estarem sujeitas, por previsão do art. 37 da Constituição Federal⁷⁹, aos princípios da Administração Pública⁸⁰. Em artigo sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello⁸¹ é firme ao dizer que:

Ditas criaturas, pois, ainda quando modeladas sob figurino privado, não são, portanto, da mesma cepa que as demais pessoas de direito privado. A razão de existir, os fins em vista dos quais são criadas, os recursos econômicos que manejam, os interesses a que servem (e podem servir) são manifestamente distintos e, sob muitos aspectos, até mesmo diametralmente opostos aos daquelas. Bastaria esta evidência para perceber-se que não poderiam mesmo estar submetidas a igual disciplina

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 425.

⁷⁹ Art. 37. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf170a181.htm>, acesso em: 24 nov. 2014

⁸⁰ LIMA, Thiago Emmanuel Chaves de. **Aproximação do regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público ao das pessoas jurídicas de Direito Público**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/3667154>>. Acesso em: 24 nov. 2014. p.5.

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Publico. Revista Diálogo Jurídico (CAJ - Centro de Atualização Jurídica)**. nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-CELSO-ANTONIO-BANDEIRA-MELLO.pdf> Acesso em: 24 nov. 2014. p.2.

jurídica. Aliás, as próprias entidades em causa também comportam uma diversidade de regimes, conforme sejam prestadoras de serviço público ou exploradoras da atividade econômica.

Portanto, como extensões destacadas do Estado para exploração de atividades econômicas de interesse público, podendo esta atividade caracterizar também prestação de serviço público, as sociedades de economia mista apresentam peculiaridades (que nem sempre correspondem a privilégios em seu regime jurídico), comparadas com as demais pessoas jurídicas de Direito Privado⁸².

Enquanto o legislador não o faz, a doutrina contemporânea vem se preocupando em fazer a distinção entre as empresas estatais que executam atividade econômica de natureza privada e as que prestam serviço público.

Discussões surgiram na doutrina sobre a possibilidade de se aplicar também a empresas estatais cujo objeto é prestação de serviço público o previsto nos primeiros parágrafos do art. 173 da Constituição. Destacam-se cinco correntes: (i) a primeira corrente entende que o parágrafo primeiro incluiria as prestadoras de serviço público, por utilizar a expressão “prestação de serviços”. Tal corrente é criticada sob a alegação de que a “prestação de serviço” ali contida seria uma atividade econômica, e não um serviço público típico; (ii) de acordo com a segunda corrente o parágrafo incluiria os serviços públicos, vez que existem serviços públicos que geram lucros, que constituiriam um tipo de atividade econômica; (iii) a terceira corrente entende aplicável o parágrafo para respaldar o regime jurídico celetista dos empregados das estatais, seja exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviço público; (iv) a quarta corrente defende a aplicabilidade apenas na parte relativa ao regime pelo qual o empregado se vincula à Administração a todas as empresas estatais; e (v) a última corrente defende que o art. 173 não se aplicaria às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, remetendo o seu disciplinamento jurídico ao art. 175, que trata das concessões e permissões de serviço público⁸³.

⁸²LIMA, Thiago Emmanuel Chaves de. **Aproximação do regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público ao das pessoas jurídicas de Direito Público**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/3667154>>. Acesso em: 24 nov. 2014. p.5.

⁸³DEIRA, Jansen Amadeu do Carmo; MADEIRA, José Maria Pinheiro. Empresas Estatais – Situações Polêmicas e Atuais (Segunda e última parte). **Revista Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte: Fórum, ano 7, n. 78, ago. 2007. p. 3-5

Maria Sylvia Zanella Di Pietroadota a quinta corrente e explica que entende que é possível fazer a ilação de que o art. 173, § 1º aplica-se quando o Estado, por intermédio de empresa estatal, exercer atividade econômica reservada preferencialmente ao particular (conforme o *caput* do dispositivo constitucional). Obedece às normas de direito privado quando a lei calar; sendo esta é a regra. A segunda conclusão que se extrai é que, se a própria Constituição estabelece a aplicação do regime jurídico de direito privado, somente norma com força constitucional poderá derrogar tal regime. As derrogações do regime jurídico de direito privado só se admitirão se resultantes, expressa ou implicitamente, de norma constitucional ou a ela equiparada. Frisa-se que este é o regime aplicado às sociedades de economia mista que exploram atividade na área privada, em regime de livre concorrência. Isto porque, como prevê o art. 173, este cuida somente da atividade de natureza privada, sendo exercida em caráter excepcional pelo Estado empreendedor, quando houver interesse coletivo ou questões de segurança nacionais envolvidas, concluindo-se que os §§ 1º e 2º são aplicados nesta hipótese apenas⁸⁴.

Se a atividade econômica, por sua vez, for comercial ou industrial, mas com condão de serviço público, e assim assumido pelo Estado, as normas anteriormente dispostas não se aplicarão. Nesta última hipótese haverá a incidência do previsto no art. 175 da Carta Magna⁸⁵, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente, sob regime de concessão ou permissão, através de licitação, a prestação de serviço público. Isto implicaria dizer que a empresa pública que presta serviço público age como se concessionária fosse, sendo a ela aplicado a norma do art. 175 da Constituição, aplicando-se seus princípios. Nas hipóteses em que a empresa estatal é constituída por um ente público para prestar serviço a outro ente estatal, terá a natureza de concessionária e será regida pela Lei de Concessões (Lei

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 444-445.

⁸⁵ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf170a181.htm>, acesso em: 24 nov. 2014.

nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995), a exemplo dos serviços de energia elétrica (competência da União delegada aos estados)⁸⁶.

Esta distinção tem relevo particular na interpretação de leis e solução de conflitos em se tratando de sociedades de economia mista e empresa pública⁸⁷. Quando há atividade econômica exercida pelo Estado nos moldes do art.173 haverá aplicação do direito privado, no silêncio da lei; por outro lado, quando o Estado for prestador de serviço público aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito que aplicáveis às hipóteses do art. 175 da Constituição.

3.3.3 Ausência de lei para regulamentar o regime jurídico e seus impactos

A inexistência de uma indicação ou, ao menos, uma limitação clara, norma própria e legalmente definida acerca (regulamentação) do regime jurídico aplicável às sociedades de economia mista em função de seu objeto gera situação de insegurança jurídica, haja vista a impossibilidade de estabelecer um limite à sua liberdade a ou extensão de suas restrições⁸⁸.

As sociedades de economia mista possuem limitações que resultam na burocratização e encarecimento da sua estrutura e das suas atividades, o que reduza rentabilidade do investimento, podendo afastar investidores particulares. Se a característica mais distintiva das sociedades de economia mista é a associação de capitais públicos e privados para a consecução de seus objetivos, é consectário lógico que o investimento deveria ser estabelecido de forma a atrair o particular (sem prejuízo do Poder Público), o que nem sempre acontece, particularmente quando se busca afastar as garantias do sócio minoritário. Efetivamente, quando se afastam as garantias do sócio minoritário, se afasta o interesse de participação do sócio privado de tal forma que poderiarestar apenas o Poder Público como sócio do empreendimento, descaracterizando a sociedade de economia mista⁸⁹.

⁸⁶⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 445

⁸⁷ MUKAI, Toshio. **Direito administrativo e as empresas do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.160

⁸⁸SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. Acordos de acionistas das sociedades de economia mista de capital aberto. 2012. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte.p.35.

⁸⁹SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. Acordos de acionistas das sociedades de economia mista de

A insegurança jurídica se forma quando não há garantia para o sócio privado da companhia acerca da extensão das limitações que lhe serão impostas dentro do regime jurídico próprio das empresas privadas, para as que exercem atividade econômica, mas particularmente para as prestadoras de serviço público. Não há garantias na limitação aos princípios da Administração Pública⁹⁰.

3.4 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

O conceito legal de sociedade anônima se encontra no art. 5º, III do Decreto-lei nº 200/67, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969:

Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta⁹¹.

A sociedade de economia mista é caracterizada pelos seguintes elementos: personalidade de direito privado; criação com autorização legal prévia (através de lei), submetendo-se à previsão constitucional do art. 37, XIX, bem como do art. 236 da Lei das Sociedades Anônimas; objeto ligado à exploração econômica ou prestação de serviço público, seja outorgado ou delegado pelo Estado⁹²; tem necessariamente que ser constituída sob a forma de sociedade anônima, com controle majoritário do Estado (o Estado deve deter a maioria das ações com direito a voto, tendo assim poderes de decisão na sociedade de economia mista); de seu

capital aberto. 2012. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p.35-36.

⁹⁰ SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. Acordos de acionistas das sociedades de economia mista de capital aberto. 2012. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p.35-36.

⁹¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 24 de nov. de 2014.

⁹² NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Sociedade de economia mista e reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar. v.1, jul./set. 1999, p. 93

capital social participa o ente público e capital particular, sendo este seu traço mais marcante⁹³. O legislador constituinte se ocupou também em restringir a atuação do Estado exigindo para tanto que sua função social esteja previamente definida em estatuto jurídico a ser estabelecido por lei federal (é o que prevê o art. 173, § 1º da Constituição Federal de 88⁹⁴)⁹⁵.

Quanto à constituição da sociedade de economia mista esta se dá em dois momentos: o primeiro com a autorização legislativa específica que determina a sua criação (conforme o disposto nos art. art. 37, XIX, da Constituição da República Federativa do Brasil, com redação dada pela Emenda Constitucional 19/98 e o art. 236 da Lei nº 6.404/76⁹⁶); e o segundo momento com registro do ato constitutivo perante a Junta Comercial competente, acompanhado da referida autorização legislativa. Assim não é a lei, por si só, que cria a sociedade (ente com personalidade jurídica própria), sendo necessária a elaboração regular dos atos constitutivos e, ainda, que seja feito o registro desses atos perante o Registro do Comércio⁹⁷. O arquivamento dos atos constitutivos na Junta Comercial é deferido após verificada a observância, pela sociedade de economia mista em criação, das condições previstas na Lei 6.404/76, momento em que será atribuída a personalidade jurídica à companhia, nos termos do art. 985⁹⁸ do Código Civil⁹⁹.

O objeto social da sociedade de economia mista seria realização, por sua conta e risco, e em nome próprio, de atividades de utilidade pública, mas de natureza

⁹³ STUBER, Walter Douglas. Natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.150, jan./mar. 1982. p.19

⁹⁴ § 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: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf170a181.htm>, acesso em: 24 nov. 2014.

⁹⁵ NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Sociedade de economia mista e reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar. v.1, jul./set. 1999, p. 93

⁹⁶ Art. 236. A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa. BRASIL. *Lei nº 6.404*, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404cons_ol.htm>. Acesso em: 24 nov. 2012.

⁹⁷ VERÇOSA, Haraldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial – sociedade por ações**, v.3. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.659

⁹⁸ Código Civil. Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos. BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 24 nov. 2014.

⁹⁹ SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. Acordos de acionistas das sociedades de economia mista de capital aberto. 2012. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p. 31.

técnica, industrial ou econômica, passíveis de produzir renda e lucro, quando o Estado tenha interesse na execução¹⁰⁰ (seja por interesse social de prover a população, seja atividade de relevante interesse nacional, estrategicamente ou não podendo, ou querendo, a iniciativa privada assumi-la). Além disso, a atividade objeto da sociedade deverá sempre ser exercida com vistas ao interesse público e ao bem-estar coletivo, conforme art. 238 da Lei nº 6.404/76¹⁰¹.

A sociedade de economia mista possui representantes indicados tanto pelo acionista Público quanto pelo acionista privado no conselho de administração e no conselho fiscal, ou mesmo na diretoria, em um reflexo de seu quadro social. Contudo, na condução dos negócios sociais deverá haver uma superioridade nos órgãos colegiados da companhia pelo Estado e da indicação do maior número membros para os cargos da administração da sociedade que ficam assim reservados ao Estado, que detém a condição de acionista controlador da sociedade de economia mista. No entanto, direitos de participação dos acionistas minoritários nos conselhos de administração e fiscal são assegurados por disposição expressa de lei¹⁰².

Observa Haraldo Malheiros Duclerc Verçosa que quanto a sua participação societária o Estado nunca deixará de estar presente como acionista majoritário. Disto decorre uma de suas características essenciais, chamando atenção para o poder público que a reveste (ainda que indiretamente), mesmo quando o Estado deixar sua condição de majoritário, ou seja, havendo a desestatização da companhia, ao Estado se reserva, no art. 17, § 7º da Lei de Sociedades Anônima, o direito de se manter acionista em uma posição privilegiada, ao tornar-se portador de *Golden Share*¹⁰³.

¹⁰⁰ SARFERT, Thereza Maria. Técnicas de Privatização – a experiência brasileira. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. v. 117, p. 206, jan./mar. 2000.

¹⁰¹ Lei nº 6.404/76. 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. BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404cons_ol.htm>. Acesso em: 24 nov. 2012.

¹⁰² SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. Acordos de acionistas das sociedades de economia mista de capital aberto. 2012. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p. 29.

¹⁰³ *Golden Share* consiste em uma espécie de ação que surge durante o movimento das privatizações na Inglaterra, são ações preferenciais na propriedade exclusiva do ente governamental, as quais no estatuto social conferiam poderes específicos, a exemplo, inclusive, de poder de veto em assembléia, gerando assim um vínculo por tempo indeterminado ao Estado. VERÇOSA, Haraldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial – sociedade por ações**, v.3. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

Resume sucintamente Izes Augusta da Silva Siqueira¹⁰⁴ as características gerais e distintivas da sociedade de economia mista:

Resumidamente, temos as seguintes características principais: (a) possui personalidade jurídica de direito privado; (b) reveste-se, necessariamente, da forma de sociedade anônima; (c) depende de autorização legislativa específica para ser constituída ou para transformar uma sociedade pré-existente em companhia de economia mista; (d) seu capital social é formado pela associação de recursos públicos e privados; (e) o objeto social, definido pela lei que autoriza a sua constituição, envolve o exercício de atividade empresária pelo Estado, com vistas ao interesse público e ao bem-estar da coletividade, em áreas que o particular não teve condições de atender à população; (f) o Estado tem efetivo poder de gestão na companhia de economia mista, especialmente porque detém a maioria das ações com direito a voto.

3.5 ESTRUTURA SOCIETÁRIA DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

A Lei de Sociedades de Anônimas dedica um de seus capítulos exclusivamente à regulação das sociedades de economia mista, havendo reforço da aplicação da lei nº 6.404 de 1976 às sociedades de economia mista, suas subsidiárias, bem como às companhias nas quais figure na condição de acionistas sociedade de economia mista, seja na condição de majoritário ou de minoritário¹⁰⁵.

Certo é que as sociedades de economia mista têm algumas peculiaridades, estando por lei compelida a possuir conselho de administração e fiscal, ainda que seja uma sociedade de capital fechado. As sociedades de economia mista estão obrigadas, por previsão legal, a adotar o regime dual de administração, tendo obrigatoriamente um conselho de administração e diretoria. À minoria dos acionistas, contudo, é garantido o direito de eleger um dos membros do conselho, na forma do art. 239 da Lei de

2014. p.141.

¹⁰⁴ SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. Acordos de acionistas das sociedades de economia mista de capital aberto. 2012. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. p. 30.

¹⁰⁵ 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, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo. BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404cons_ol.htm>. Acesso em: 24 nov. 2012.

Sociedades Anônimas¹⁰⁶, além daquele que possa eleger no sistema de voto múltiplo¹⁰⁷.

Acerca do conselho de administração Modesto Carvalhosa¹⁰⁸ tece comentário sobre a eleição dos conselheiros em sociedade de economia mista para esclarecer que, pelo disposto no art. 239, independentemente de atingir o sócio minoritário o percentual mínimo exigido, terá assegurado o direito de eleger um dos conselheiros. De outra, preenchendo de um lado os ordinaristas minoritários e de outro os preferencialistas, não serão cumulativos o direito de eleição previsto nos arts. 141 e 239, prevalecendo um ou o outro conforme se qualifiquem os minoritários.

O conselho fiscal nas sociedades de economia mista, por sua vez, terá funcionamento permanente¹⁰⁹. Novamente a lei estabelece que um de seus membros seja indicado pelos minoritários e outro pelas ações preferenciais, se houver.

3.5.1 Controle (o exercício qualificado do controle acionário)

A palavra controle possui diversas acepções, várias destas tendo sido absorvidas ao longo do tempo de outras línguas. Hoje “controle” pode ser compreendido no sentido de fiscalização, vigilância, verificação, regulamentação, direcionamento e constrangimento¹¹⁰. Para o presente estudo a acepção que interessa é a de controle

¹⁰⁶Art. 239. As companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, assegurado à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo. Parágrafo único. Os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas. BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404cons_ol.htm>. Acesso em: 24 nov. 2012.

¹⁰⁷ VERÇOSA, Haraldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial – sociedade por ações**, v.3. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 662.

¹⁰⁸ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de sociedades anônimas. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 65-66

¹⁰⁹Art. 240. O funcionamento do conselho fiscal será permanente nas companhias de economia mista; um dos seus membros, e respectivo suplente, será eleito pelas ações ordinárias minoritárias e outro pelas ações preferenciais, se houver. BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404cons_ol.htm>. Acesso em: 24 nov. 2012.

¹¹⁰ HERMAN, Edward S. **Corporate control , corporate power**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. 432.p. 17-18.

enquanto poder de direção, do poder de dominação¹¹¹. No direito societário a expressão “poder de controle” implica a aptidão de conduzir a atividade empresarial¹¹².

O poder de controle, que decorre da titularidade de ações, não se confunde com o poder que se tem sobre a propriedade e o clássico *jus utendi, fruendi et abutendi*. Os bens sobre os quais o agente acionário possui poder jurídico não são objetos de simples fruição, tampouco são objetos de consumo, mas sim instrumentos para o que a exploração determina. A propriedade do controle se define pelo destino, pela sua finalidade, se enquadra como um poder-dever de dirigir a atividade econômica da sociedade¹¹³.

A Lei nº 6.404/76 traz expressamente a figura do acionista controlador, inclusive atribuindo-lhe responsabilidades específicas em razão de sua posição privilegiada dentro da sociedade. Nos moldes da lei considera-se acionista controlador aquele que, simultaneamente, tiver preponderância nas deliberações de assembleia geral, podendo determinar a maioria dos administradores, fazer uso efetivo da posição acionária para dirigir os negócios sociais e a administração da companhia¹¹⁴.

O acionista controlador era tratado pela Lei de Sociedade Anônima como um novo órgão societário, dotado de funções próprias e com deveres fiduciários para com a companhia controlada. Dentre eles está o dever de agir sempre no interesse da companhia e dirigi-la para que realize seu objeto social e cumpra sua função social, respondendo por eventuais prejuízos causados por abuso de poder¹¹⁵¹¹⁶.

¹¹¹ COMPARATO. Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 25-29

¹¹² PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.337.

¹¹³ COMPARATO. Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 77

¹¹⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.338-339.

¹¹⁵ COMPARATO. Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 141. Os autores comentam que na economia da sociedade anônima o controlador se afirma como seu mais recente órgão, ou se preferir a explicação funcional do mecanismo societário, como titular de um novo cargo social. Cargo neste sentido é utilizado em acepção jurídica ampla, designando um centro de competências e o reconhecimento de um cargo se faz pela definição de funções próprias e necessárias a ele. Ora, Tais funções existem vinculadas ao controlador, ou ao menos ao acionista controlador, cabendo a ele orientar e dirigir as atividades sociais.

¹¹⁶ É a sugestão de ImanAnatawi e Lynn A. Stout que o conceito de deverfiduciário, aplicávelaoacionistacontrolador no contexto do direitonorte-americano, deve ser alargado para abranger os minoritários com capacidade de influir nas decisões empresariais,

Por outro lado o controle acionário poderá assumir um caráter totalitário, majoritário ou compartilhado¹¹⁷. Nenhum acionista é excluído do poder de controle da sociedade, em realidade, é usual que dois ou mais acionistas componham a maioria, associando seus interesses (seja de forma temporária ou permanente)¹¹⁸. Em que pese à lei não se refira diretamente ao controle minoritário, permite indiretamente sua existência, ao admitir a aprovação de matérias submetidas a voto em assembleia por maioria dos votos presentes¹¹⁹.

“A exigência do uso efetivo do poder de dirigir a companhia não deve ser vista como pré-requisito para a identificação do acionista controlador, bastando nesses casos a maioria absoluta do capital votante¹²⁰.” Contudo, mesmo que opte o acionista possuidor da maioria do capital votante por manter-se inerte, não estará eximido de seus deveres e responsabilidade na posição de sócio controlador (salvo em condições peculiares em que haja uma imprevisibilidade e transitoriedade na assunção da posição). Em outras palavras: o poder deve ser inerente à figura do controle acionário, que demanda do controlador uma postura proativa na persecução do interesse social¹²¹.

dizendo: *“Indeed, we believe that law of fiduciary duty is uniquely suited to address the growing problem that opportunistic shareholder activism poses for corporate governance (...) in particular, activist shareholder overreaching can be deterred by interpreting loyalty duties to apply not only to controlling shareholders, who can dictate board decisions in all matters, but also to activist minorities who succeed in influencing management with respect to a single transaction or business decision”*. ANABTAWI, Iman; STOUT, Lynn A. **Fiduciary duties for activist shareholders**. UCLA School of Law. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1089606>. Acesso em: 01 mai. 2015.

¹¹⁷ Segundo Fabio Ponder Komparato e Calixto Salomão Filho o controle totalitário ocorre quando “nenhum acionista é excluído do poder de dominação na sociedade, quer se trate de sociedade unipessoal, quer se esteja diante de uma companhia familiar (controle totalitário conjunto). Em tais hipóteses a unanimidade é rigor. (...) por outro lado, o bloco majoritário pode não ser constituído por um único acionista. É usual que dois ou mais acionistas, ou grupos de acionistas, componham a maioria, associando interesses temporários ou permanentes convergentes. Pode-se falar, em tais hipóteses, em controle conjunto ou por associação” (COMPARATO. Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 59-60, 63)

¹¹⁸ COMPARATO. Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 59-61.

¹¹⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.340. Conforme lembram os Ilmos. autores Komparato e Salomão Filho: “um controle minoritário bem estruturado, em companhias com grande pulverização acionária, pode atuar com a mesma efetividade que um controle majoritário” (COMPARATO. Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 67).

¹²⁰ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.340

¹²¹ COMPARATO. Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 86-87.

A Lei de Sociedade Anônima (LSA) caracteriza o poder de controle interno em torno da assembleia geral (que constitui o órgão de maior relevância de decisões da companhia, composta por seus acionistas), mas o poder de controle pode se fazer sentir dentro da sociedade de outras formas para promover o alinhamento entre os administradores e a vontade do controlador¹²². Outra forma clara de exercer o controle então é a prerrogativa de eleger a maioria dos integrantes do conselho de administração¹²³¹²⁴. Particularmente, no caso da sociedade de economia mista há

¹²² O acionista controlador não atua diretamente na gestão (no dia-a-dia) da sociedade, nem tampouco exerce poder hierárquico, de forma direta, sobre administradores e empregados da companhia. O controle acionário é na prática uma espécie de poder latente, diferente da forma de poder ativa de que são dotados diretores e conselheiros de administração, aos quais compete decidir sobre a maioria das questões pertinentes aos negócios sociais, segundo comenta Mario Engler Pinto Junior. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.341). Nestamesmasenda Edward S. Hermamassocia o poderlatenteaoacionistadominante, mas semparticipaçãodiretanagestão da sociedade, conceituando: “*where some power is still held by large owners who are no longer part of working management, or by financial interests that promoted the company, the extent of decision-making power retained by the nonmanagement groups becomes harder to assess. It is possible that they still make the decisions directly or select the top managers and then instruct them and monitor their actions closely, but more often their power is less directly maintained; they recede further into the background, sometimes only to intervene when something goes seriously astray. The power is latent, but it may still be affective as a constraint*” (HERMAM, Edward S. **Corporate control, corporate power**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 20).

¹²³ A fidelidade dos gestores sociais ao acionista que o elegeu para tal função (no caso tratando do acionista controlador) é mais evidente quanto mais fácil for a sua substituição súbita por outro. Isto, na opinião de Nelson Eizirik produz um esvaziamento da assembleia geral como local de manifestação do controle e tomada de decisões de grande importância dentro da atividade empresarial, pois “verificamos, presentemente, no entanto, um gradual ‘esvaziamento’ da assembleia geral como ‘locus’ onde se exterioriza, de fato, a manifestação do poder de controle. Ainda que legalmente continue a ser o órgão que expressa a vontade social, seus poderes vem sendo transferidos cada vez mais para o conselho de administração, nas companhias abertas, ainda com a chamada ‘reunião prévia’ dos acionistas integrantes do acordo de acionistas, que se caracteriza como ‘órgão’ não institucionalizado, mas de fundamental importância no processo decisório das companhias que apresentam uma estrutura de controle compartilhado”. (EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B. PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcos Freitas. **Mercado de capitais: regime jurídico**. São Paulo: Renovar, 2008. p.365).

¹²⁴ A propósito, no mesmo sentido Fábio Konder Comparato “ninguém mais contesta hoje me dia que a assembleia anual das grandes empresas transformou-se num dos mais sofisticados exercícios de ilusão popular do capitalismo. Por trás da liturgia democrática, tanto para mais elaborados quanto para menos corresponde a realidade do poder econômico, surge o governo ‘endocrático’ como disse um autor americano, ou o ‘despotismo esclarecido’ como lembrou Ripert” (COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**. São Paulo: revista dos tribunais, 1970. p. 20-21). E mais recentemente chama novamente atenção ao caráter meramente formal da assembleia geral: “na pesquisa da realidade do poder, na sociedade anônima, não nos podemos contentar com a afirmação legal que a ‘assembleia geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da sociedade e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento’ (Lei nº 6.404, art. 212). Quem toma, de fato, as decisões em assembleia? O controle manifesta-se através dos poderes decisórios em assembleia de acionistas como legitimação do seu exercício. Mas essa legitimação é só formal ou procedimental. (...) Ora, o controlador, mais do que qualquer dos participantes da sociedade, compete o dever de atuar em vista da realização dessa finalidade [lucratividade]; não só pelo pleno exercício do voto, mas também fora da assembleia definindo a política empresarial e promovendo sua aplicação pelo órgão administrativo” (COMPARATO. Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.p. 32,39 e 382).

exigência de que a maioria dos administradores seja indicada pelo acionista majoritário. O controle nessa hipótese é mais efetivo quando há eleição de administradores fiéis, dispostos a atuar conforme orientação ditada pela Administração (órgão governamental competente para tanto). Tal relação de fidúcia entre o acionista e o administrador representa uma forma de influenciar sobre os desígnios da companhia¹²⁵. Note-se que a influência dominante decorre de uma relação de fato e não jurídica.

O controle acionário pressupõe uma relação de hierarquia, não no sentido tradicional do direito administrativo, mas de orientação mandatária à companhia e seus administradores. Em teoria o estado dispõe de aparato jurídico suficiente para impor sua visão política à companhia, embora na prática existam diversos fatores que conspiram contra isso. A autoridade governamental situada no plano externo e distante da realidade concreta em que a companhia atua não reúne condições técnicas para funcionar como órgão de planificação centralizada, mormente em ambiente de mercado dinâmico e competitivo. O Estado como acionista controlador, agindo ao amparo do artigo 238 da lei do acionariado, terá no máximo condições de estabelecer linhas gerais de ação da empresa controlada, sem descer a detalhes de condutas empresariais específicas.

Isso não então quer dizer, porém, que o Estado deve se omitir no exercício do controle acionário para direcionar as atividades. Os deveres e responsabilidades do Estado como acionista controlador são mais amplos do que os imputáveis ao empresário privado¹²⁶.

Assim, o Estado, no exercício do controle deverá atuar não só no interesse dos demais acionistas, bem como de terceiros (abraçados pelo conceito de função social da empresa, como trabalhadores e consumidores), e deve ainda exercer função de controle ativamente para fazer com que a companhia cumpra com sua missão pública. Fábio Konder Comparato adverte que quando o artigo 238 da Lei de Sociedades Anônimas¹²⁷ estabelece que “poderá” orientar as atividades da companhia de forma que venha a atender o interesse público que justificou sua criação estaria expressando um dever, não uma faculdade, incorrendo em

¹²⁵ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.341-343

¹²⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.345.

¹²⁷ Segundo este dispositivo legal (art. 238 da Lei 6.404) a pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista possui os mesmos deveres e responsabilidades do acionista controlador, mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender o interesse público que justificou sua criação, sem que isso configure abuso de poder de controle acionário. (...) Nesses casos eventuais perdas patrimoniais que ocorrem na empresa estatal deve levar em conta os princípios e normas próprias de cada categoria de relacionamento para avaliação justiça de tais perdas. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.346.)

ilegalidade e inconstitucionalidade entendê-lo de outra forma e deixar de buscar tal finalidade¹²⁸. Trata-se então de dever do Estado controlador.

Para que não caracterize conduta culposa o Estado terá que assegurar a participação da sociedade civil, garantindo que esta possa agir para salvaguardar o interesse público, bem como indicar conselheiros de administração afinados com as diretrizes governamentais. Nesta conjectura será possível que o Estado assuma uma postura mais retraída enquanto acionista controlador, deixando o conselho administrativo com uma maior autonomia, mas, contudo, mantendo-se alerta (como é dever de qualquer acionista) a eventual situação em que tenha que intervir¹²⁹.

Faz-se aqui breve observação sobre questionamento que surge da interpretação da Lei nº 6.404, que não traz conceito próprio de sociedade de economia mista, suscitando assim se seria aplicável àquelas sociedades onde o Estado (através de qualquer esfera de governo) figura como controlador minoritário, o regime especial do Capítulo XIX, desde que a constituição de sociedade tenha sido precedida de lei autorizativa (conforme art. 236 da referida lei). Não se olvide que é possível que o Estado (ou qualquer acionista) detenha menos que a metade do capital votante e, ainda assim, seja capaz de exercer sozinho o poder de controle (o que se dá normalmente em companhias abertas onde suas ações estão pulverizadas, divididas, no mercado de capitais)¹³⁰.

Contudo, deve-se recordar que não raro é notório o uso público que se dá a sociedade de economia mista, objeto de barganha por conta de acertos voltados para a governabilidade das companhias, julgando-se o Poder Público (ou melhor o Governo) dono e senhor da sociedade e seus destinos. Neste contexto é patente o desvio de função, que não afasta as responsabilidades do acionista controlador e dos administradores da sociedade. Não se pode olvidar que o Estado, ao buscar junto ao capital particular a complementação necessária do projeto econômico que visa alcançar por meio das sociedades de economia mista, deve respeitar os

¹²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Sociedade de economia mista transformada em sociedade anônima ordinária – inconstitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Pulo, nº 25, p. 61-68.,jan/mar. 1999. p. 63.

¹²⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.345.

¹³⁰ Para isso também é necessário que nenhum outro acionista reúna os votos necessários a aprovar isoladamente as matérias submetidas à Assembleia Geral e eleger conselheiros de administração. PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.347.

interesses daqueles acionários minoritários (mesmo que sejam estes econômicos)¹³¹. É da opinião de Mario Engler Pinto Junior¹³², e se demonstra razoável, que na sistemática da Lei nº 6.404/76 é plenamente possível aplicar regimes diferenciados do titular de controle acionário, conforme peculiaridades do ambiente onde exerce o poder de controle. Logo, sendo o controle permanente, a suavocação dominante justificaria e asseguraria a atuação da companhia em prol do interesse público, pelo que não haveria incompatibilidade entre a figura da sociedade de economia mista e o exercício do poder estatal com capital votante inferior à maioria absoluta do capital votante.

Desta maneira, quando eventuais interesses políticos fazem uso indevido das companhias, com o afastamento das condições constitucionais a que se subordina, o Estado deverá ser responsabilizado por abuso de poder (na condição de controlador, nos termos dos art. 116 e 117 da Lei de Sociedades Anônimas) e seus administradores, por omissão no cumprimento de suas obrigações. No entanto, ocasionalmente, o acionista controlador poderá orientar as atividades da companhia de forma a atender o interesse público a que se dispôs a satisfazer quando de sua criação. Este último jamais configurará abuso de poder se devidamente justificado pelo objeto¹³³. O objeto da sociedade economia mista será sempre definido na lei que autoriza sua criação e esta será a atividade que deverá ser realizada pelos administradores da sociedade.

4 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Em razão da precedência histórica civilista, incontestável que o direito público (administrativo) sofreu influência do direito privado, ramo que desenvolveu por muitos séculos a ciência jurídica. Por esta razão, múltiplos institutos do direito civil foram simplesmente trasladados ao direito administrativo¹³⁴, da mesma forma os

¹³¹ VERÇOSA, Haraldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial – sociedade por ações**, v.3. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.660-661.

¹³² PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.348.

¹³³ VERÇOSA, Haraldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial – sociedade por ações**, v.3. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.661.

¹³⁴ “Desde as suas origens, o direito administrativo sofreu influencia do direito privado. Muitos dos institutos do direito privado foram transpostos para o direito administrativo, até pela precedência

contratos, primeiramente desenvolvidos no âmbito do direito privado, foram transpostos para o direito administrativo, muitas vezes assumindo características próprias¹³⁵.

O instituto do contrato deve ser entendido como uma categoria jurídica da teoria geral do direito e não especificamente do direito civil. Logo, o estudo de figuras, tais como os contratos administrativos, deve partir de “categorias jurídicas”, expressão de opção de Cretella Jr., ou “superconceitos”, opção de Retortillo¹³⁶, desvinculado de qualquer ramo do direito, pois o instituto será estudado à luz de cada ramo distinto¹³⁷. Neste sentido Bruno Greco-Santos¹³⁸ coloca que:

A precedência temporal do direito privado acarreta a circunstancia de que o mesmo se deteve primeiro sobre o regramento dos institutos, como é o caso dos contratos, mas não se faz só contrato um instituto exclusivo ou originado do direito privado.

Assim, muito embora haja controvérsia doutrinária sobre a existência dos contratos Administrativos¹³⁹, pois parte da doutrina compreende que tais negócios careceriam

histórica daquele ramo. No livro *Do direito privado na administração pública*, analisarmos o método da transposição, socorrendo-nos da lição de André Hauriou. O autor indica três fases do processo de transposição: (a) transposição pura e simples para o direito administrativo de uma teoria ou regra do direito privado; (b) o movimento de reação provocado por uma consciência mais nítida das necessidades administrativas; e (c) as adaptações da regra de direito privado, vistas como necessárias no regime jurídico a que se submete a administração pública”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. Ainda existem os chamados contratos administrativos?. *In*: Di Pietro, Maria Sylvia Zenella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 398-399.

¹³⁵ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e do Direito Privado. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.p. 405.

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. Ainda existem os chamados contratos administrativos?. *In*: Di Pietro, Maria Sylvia Zenella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p.399-400.

¹³⁷ José Cretella Jr. comenta ainda que “tomando como referencia o Direito Civil, corre-se o risco de captar o instituto privado já trabalhado e diferenciado – a espécie – e de transpô-lo para o âmbito público, a fim de apresentar outra espécie paralela. No caso, a espécie é alcançada à categoria de gênero; na verdade, pseudônimo. Ao contrário, partindo-se do gênero – a categoria jurídica-trabalhar-se-á com a matriz, com o molde, como arquétipo, com a formula pura, com o modelo genérico, que se flexionará às modalidades peculiares dos diferentes ramos do direito”. CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 39

¹³⁸ GREGO-SANTOS, Bruno. Nivelamento *versus* igualdade: Aspectos subjetivo e objetivo do posicionamento da administração pública em relação ao particular. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.p.127.

¹³⁹ “Contratos da administração” aqui é utilizado em seu sentido amplo, abarcando os chamados contratos administrativos (típicos), regidos pelo direito público, quanto os chamados contratos

de características basilares do contrato civil (como autonomia da vontade igualdade entre as partes, e a *pacta sunt servanda*), este entendimento não deve prosperar¹⁴⁰. Estabelecido que a edificação de características especiais do instituto em cada ramo do direito (inclusive o direito administrativo) não desnatura o superconceito do instituto, logo decorre que os contratos da administração, muito embora diferenciados, ainda são contratos¹⁴¹.

O instituto dos contratos no direito civil e a teoria clássica dos contratos foi produto histórico e jurídico da “Era da Codificação”¹⁴², desenvolvendo-se nos quadrantes do direito privado, que ao tempo também consolidava a nova ideologia social. O Código Civil, acolhido como um baluarte à liberdade regulamentava o contrato; a autonomia da vontade, confundida com a liberdade, era corolário da igualdade formal¹⁴³.

Com a influência ideológica do liberalismo a teoria civilista abraçou a liberdade individual (a separação dos poderes, isonomia, legalidade, controle judicial) e tentou, ao seu melhor, protegê-la, em um Estado cujo papel era essencialmente abstencionista, com o mesmo objetivo¹⁴⁴. Pode-se dizer que, no direito privado o contrato é regido pela autonomia da vontade, o que possibilita as partes acordarem e disporem sobre seus direitos, estabelecendo relações contratuais que, tornando-se

privados da administração que engloba aqueles em que são regidos pelo direito privado, ainda que derogável pelas normas de direito público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 254. De outra parte, como bem destaca Wassila C. Abbud, e conforme será exposto mais a frente, tem grande relevância prática, sendo que, conforme o regime aplicável, “pode haver consequências quanto as cláusulas contratuais, forma de cumprimento e outros aspectos”, contudo ressalta que “ainda que o contrato da administração esteja sujeito a regime de direito privado, não estará completamente isento do regime publicístico, devendo passar por critérios prévios de contra prestação que observem os princípios que norteiam a Administração Pública, em especial, os que estão dispostos no art. 37 da Constituição Federal”. ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e do Direito Privado. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.p. 406-407.

¹⁴⁰ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e do Direito Privado. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.p. 405.

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. Ainda existem os chamados contratos administrativos?. *In*: Di Pietro, Maria Sylvia Zenella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p.400.

¹⁴² Expoentes do período: o Código de Napoleão de 1804 e o BGB Alemão de 1896, por exemplo, e, posteriormente, no Brasil, em 1916, o Código Civil brasileiro.

¹⁴³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 166

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. Do principio da legalidade e do controle judicial diante da constitucionalização do direito administrativo. *In*: Di Pietro, Maria Sylvia Zenella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 173-190

perfeitas e obrigatórias, fazem lei entre as parte. É o chamado *pacta sunt servanda*¹⁴⁵.

O direito brasileiro elegeu a teoria dos contratos administrativos proveniente do direito francês, que emprega as cláusulas exorbitantes (que são prerrogativas que asseguram à Administração uma posição avantajada sobre o particular), assim como teorias que garantem, como contrapartida, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato¹⁴⁶. Funda-se tal teoria nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público tutelado pelo Estado, assim carregado para as relações contratuais que trava.

Em sentido amplo o contrato administrativo¹⁴⁷ é o acordo de vontades destinado a criar modificar e extinguir direitos e obrigações (nos limites legais) e em que ao menos uma das partes atua no exercício de função administrativa¹⁴⁸.

Para MarçarJusten Filho¹⁴⁹ contrato administrativo, em sentido amplo, é um gênero que comporta várias espécies, são elas: os acordos de vontade da Administração Pública, os contratos administrativos em sentido estrito e os contratos de direito privado praticados pela Administração. Ressalta-se que estas espécies de contratos comportam ainda subespécies.

Os acordos de vontade da administração são convenções em que ao menos uma das partes integra a Administração Pública e cujo objeto não consiste em prestação destinada à satisfação (mediata ou imediata) de uma necessidade da coletividade ou do aparato administrativo. Esses acordos envolvem o exercício de competência

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zenella. Ainda existem os chamados contratos administrativos?.*In*: Di Pietro, Maria Sylvania Zenella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 385

¹⁴⁶ Dentre essas teorias pode-se destacar: a teoria da imprevisão, teoria do fato príncipe e a teoria do fato da Administração. ". DI PIETRO, Maria Sylvania Zenella. Ainda existem os chamados contratos administrativos?. *In*: Di Pietro, Maria Sylvania Zenella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 402.

¹⁴⁷ Na lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro tal expressão engloba todos os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito privado ou de direito público. DI PIETRO, Maria Sylvania Zenella. Ainda existem os chamados contratos administrativos?.*In*: Di Pietro, Maria Sylvania Zenella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 402.

¹⁴⁸ ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e do Direito Privado. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 412.

¹⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 803.

estatal e tem por finalidade “conjugar esforços e recursos da Administração e de particulares para obter resultados que propiciarão vantagens para o conjunto de membros da sociedade”. Não raro esta espécie de contrato se dá sem a busca de fins lucrativos por quaisquer das partes; citam-se como exemplo desta modalidade contratual o contrato de convenio, contratos de gestão de termo, contratos de parceria. Em outras hipóteses a Administração Pública oferece vantagens ao particular, no intuito de fomentar atividades econômicas e sociais, que novamente deverão resultar em benefícios à coletividade (como contratos de fomento). E por vezes almeja eliminar controvérsias ou conduta reputadas indesejadas pela Administração. O denominador comum destas espécies é que o particular não assume a obrigação de executar uma prestação cujo conteúdo será integrado ao patrimônio da Administração Pública, nem a avença implicará em assunção, por parte do particular, de competências próprias do Estado¹⁵⁰.

O contrato Administrativo em sentido estrito (ou em sentido próprio)¹⁵¹ em que uma das partes (ao menos) é integrante da Administração Pública, visando constituir relação jurídica submetida ao regime de direito público, é destinado a satisfazer, de modo direto, necessidade da Administração Pública. Os contratos administrativos em sentido próprio se caracterizam pelo regime publicístico a eles aplicável, atribuindo à Administração algumas competências diferenciadas, usualmente denominadas de prerrogativas extraordinárias ou cláusulas exorbitantes¹⁵².

¹⁵⁰ Como regra os contratos de vontade não serão precedidos de licitação, muito embora possam exigir um processo de seleção anterior. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 804.

¹⁵¹ Que se subdivide em contratos administrativos de colaboração e contratos administrativos de delegação.

¹⁵² “a questão da consensualidade no contrato administrativo é objeto de disputas relevantes. Alguns afirmam que a Administração impõe unilateralmente sua vontade, à qual o particular deve submeter-se. Portanto, não existiria manifestação de vontade unitária, produzida pela concordância comum das partes, mas dois atos unilaterais autônomos: a Administração expressaria a sua vontade e o particular manifestaria uma concordância autônoma. Outros sustentam que a figura do contrato administrativo apresenta uma natureza dúplice. Há uma parcela de cunho regulamentar, que é imposta unicamente pela Administração, e uma parcela de natureza contratual, resultante do acordo entre as partes. Enfim, há também os que aludem ao contrato de adesão, reconhecendo a existência de um acordo de vontades, em que o particular se restringiria a concordar com a vontade exposta pela Administração. (...) O que cabe afirmar é que o contrato administrativo é um ato jurídico cuja produção exige a presença de pelo menos dois sujeitos, os quais concorrem para determinação do conteúdo das normas contratuais. Não se nega a existência de uma manifestação de consenso entre sujeitos diversos, ainda que tal consensuação seja exatamente idêntico àquele encontrado no âmbito dos contratos tipicamente privados.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 805.)

Por sua vez os contratos de direito privado da Administração Pública caracterizam-se como avenças celebradas entre a Administração Pública e um particular, sujeito ao regime preponderantemente do direito privado, de modo que a Administração Pública se despoja da supremacia que lhe é característica nos contratos administrativos, aplicando-se o direito público somente de modo acessório, limitado e subsidiário, em especial a precedente submissão ao princípio da licitação pública.

4.1 CONTRATOS PRIVADOS DA ADMINISTRAÇÃO (E OS REGIMES DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO)

No cenário atual o exercício da gestão pública seria uma tarefa impossível sem as inúmeras relações entre o Estado e particulares. Dessa forma, a Administração Pública, no desempenho das finalidades estatais, faz uso de diversos instrumentos e institutos para habilitar o estabelecimento de relações com particulares.¹⁵³

Como mencionado, tais contratos podem ser destinados especificamente ao exercício de função pública, hipótese na qual, como regra, serão subordinados ao regime administrativo, chamados de contratos administrativos (em sentido estrito). Há, no entanto, a possibilidade de que a Administração faça uso de contratos de direito privado entre si e particulares, ocasião na qual será regida pelas regras de direito privado (derrogadas, quando aplicável, por regras de direito público), conhecidos como contratos privados da administração pública¹⁵⁴.

Os contratos de direito privado da Administração pública tem previsão legal no art. 62, §3º, I da Lei nº 8.666¹⁵⁵, *in verbis*:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo

¹⁵³ GREGO-SANTOS, Bruno. Nivelamento *versus* igualdade: Aspectos subjetivo e objetivo do posicionamento da administração pública em relação ao particular. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 122.

¹⁵⁴ GREGO-SANTOS, Bruno. Nivelamento *versus* igualdade: Aspectos subjetivo e objetivo do posicionamento da administração pública em relação ao particular. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 122.

¹⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 01 de mai. 2015

por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

Neste dispositivo fica determinado que o regime público se aplique ainda a esta espécie contratual, ainda que a regra seja a aplicação predominante da norma privada. O artigo disciplina a hipótese em que a Administração Pública participe de contratos ditos “de direito privado”. A mera participação da Administração Pública como parte de um contrato ocasiona a modificação de seu regime jurídico, mas a participação de entidade estatal em uma relação contratual de direito privado, a princípio, não implica a incidência integral do regime de direito público (ascaracterísticas mais específicas, indicadas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, por exemplo, não poderão ser aplicadas)¹⁵⁶.

É extremamente complexo estabelecer um critério diferenciador entre os chamados contratos privados da Administração Pública e os contratos administrativos propriamente ditos, segundo escólio de Marçal Justen Filho¹⁵⁷:

Talvez a melhor solução seja reconhecer que a satisfação de determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios inerentes ao direito privado, subordinados inevitavelmente a mecanismos de mercado. As características da estruturação empresarial conduzem à impossibilidade de aplicar o regime de direito público, eis que isso acarretaria a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação ou ao desequilíbrio econômico que inviabilizaria a empresa privada.

4.1.1 O regime jurídico público e privado e a administração pública.

¹⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 869-870.

¹⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 870.

O direito administrativo nasce na França como um direito referido a um sujeito: a Administração Pública. E como tal deveria ser regulado por normas próprias, díspares daquelas que regem as relações estabelecidas, em igualdade, por particulares. Já nasceu, então, como um direito que derroga o direito civil. Destarte, o que houve no início foi uma negação às normas do direito privado¹⁵⁸. Ressalte-se, porém, que a autonomia do direito administrativo não implica, a bem da verdade, em uma diferenciação total e absoluta do direito privado, não se trata de isolamento, mas sim de autonomia (como mencionado)¹⁵⁹.

No direito moderno contata-se a questão da autonomia do direito administrativo que por igual tem suas origens na França. No momento que se cogita de regulamento autônomo e de uma justiça especializada surge a necessidade de estabelecer critérios distintivos para sua aplicação, o que também significa uma jurisdição dualista (uma distinção de competências)¹⁶⁰.

Não é incorreto dizer que o direito administrativo conta com institutos derivados daqueles institutos integrantes do regime privalístico, não tendo sua autonomia prejudicada, mas acabando por condicioná-la, dando vazão a figuras jurídicas como os contratos de direito privado da Administração Pública¹⁶¹.

É um paradoxo que os ideais da Revolução Francesa tenham gerado, concomitantemente, dois ordenamentos que parecem, a princípio, paradoxais: a ordem jurídica individualista e o regime administrativo, o primeiro foi se alojando no direito civil e o segundo embasou o direito público administrativo. Fato é que o direito administrativo surgiu baseado em dois ideais opostos: de um lado a proteção dos direitos individuais diante do Estado (que fundamenta o princípio da legalidade, um dos pilares do Estado de Direito, dentre outros que limitam o poder decisória Administração); por outro a necessidade de satisfação do interesse público, que justifica a outorga de prerrogativas da Administração Pública, seja com o propósito

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p.11.

¹⁵⁹ GREGO-SANTOS, Bruno. Nivelamento *versus* igualdade: Aspectos subjetivo e objetivo do posicionamento da administração pública em relação ao particular. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p.125.

¹⁶⁰ ESTOURINHO, Maria João. **Fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1999. p.333.

¹⁶¹ GREGO-SANTOS, Bruno. Nivelamento *versus* igualdade: Aspectos subjetivo e objetivo do posicionamento da administração pública em relação ao particular. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p.127.

de limitar as liberdades individuais em prol do interesse coletivo ou para conceder benefícios e utilidades aos cidadãos¹⁶².

Dessarte, para assegurar a liberdade (dos cidadãos) sujeita-se o Estado à observância da lei e, de outra parte, para que a Administração logre êxito no cumprimento de seus fins são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios, assim estabelecendo uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Sabe-se que o direito administrativo tem por objeto o estudo da Administração Pública em seus mais variados aspectos, cingindo os sujeitos que a integra, a atividade exercida, os bens que utiliza, as relações jurídicas das quais participa, bem como o regime jurídico ao qual se submete. Ocorre que a Administração Pública nem sempre estará sujeita ao regime jurídico administrativo público, podendo se sujeitar também ao regime jurídico privado, ainda que, de acordo com majoritário entendimento doutrinário, parcialmente derogado pelo direito público¹⁶³.

Daí distintos autores falarem de regimes que regerão a Administração a depender de classificações que atribuem aos órgãos da administração. Renato Alossi¹⁶⁴ adota a classificação tripartite associando: i) a atividade administrativa de direito público, regida substancialmente pelo administrativo; ii) a atividade administrativa de direito privado que consistem naquelas que visa à consecução de finalidades públicas essenciais (assim substancialmente públicas), mas que serão formalmente geridas pelo direito privado e público; iii) por fim, a atividade privada da Administração Pública, que embora não se distinga formalmente, da anterior difere-se quanto a seu desígnio, porquanto exercida pela Administração do mesmo modo que o particular na gestão de seu patrimônio, em virtude disto deveram tais atividades serão regidas pelo regime jurídico privado. A segunda categoria apresentada (atividade administrativa de direito privado), muito embora negada por muitos autores, é a que sofre maiores desvios ao regime privado, em defluência de sua finalidade pública.

No direito brasileiro a Administração Pública faz uso dos mais diversos institutos, dentre eles aqueles regidos exclusivamente pelo direito administrativo, para os quais

¹⁶² FALLA, Garrido. **Lastransformacionesdelrégimen jurídico administrativo**. Madrid: Instituto de estudios Políticos, 1962. P.44-45

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p.5-6.

¹⁶⁴ ALOSSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. P. 213-214.

não há correspondentes no direito privado. Há também aqueles institutos que, não obstante possuam correlatos no direito privado, acabam como uma realramificação da categoria jurídica definida pela teoria geral do direito¹⁶⁵. Finalmente, há aqueles institutos regidos pelo direito privado. Ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶⁶ que a diversidade de regimes aplicados à Administração Pública se apresenta em diversos aspectos:

- a) Considerada pelo lado subjetivo, ou seja, como conjunto de órgãos que exercem as atividades administrativas do Estado, existem, além dos órgãos que compõem a administração direta, as pessoas jurídicas administrativas, com personalidade de direito público (autarquias e fundações públicas), submetida ao direito administrativo em sentido estrito, as pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações), sujeitas ao direito privado parcialmente derogado pelo direito público (ou direito privado administrativo);
- b) Em sentido objetivo, a Administração Pública abrange atividades regidas pelo direito público (como intervenção e poder de polícia) e regidas pelo direito privado (como serviços públicos comerciais e industriais do Estado), neste último caso, também derogado, em parte, pelo direito público;
- c) O mesmo não se pode dizer em relação aos bens públicos, dentre os quais duas (os de uso comum do povo e os de uso especial) têm regime jurídico publicístico, enquanto os dominicais podem submeter-se ao regime jurídico de direito privado com desvios maiores ou menores impostos pelo direito público;
- d) Também no que diz respeito às relações jurídicas de que participa a Administração Pública, a aplicação pode ser do direito administrativo em sua pureza (como nos contratos administrativos de empreitada, fornecimento e nas várias modalidades de concessão) ou do direito privado derogado parcialmente pelo direito público (como a compra e venda, locação, o arrendatário).

De mais a mais, o direito privado administrativo, com as peculiaridades decorrentes do direito administrativo derogatório do direito comum, é aplicável aos quatro aspectos que compõem o objeto do direito administrativo (a Administração Pública enquanto sujeito, atividade, nas relações jurídicas e bens que integram seu patrimônio).

4.1.1.1 Privatização do direito administrativo ou fuga para o direito privado

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p.6.

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p.7.

Discute-se muito hodiernamente acerca da privatização do direito administrativo, não sendo esta uma tendência exclusiva do direito brasileiro, mas também de diversos países que seguiram o modelo europeu continental (na dicotomia do direito público e direito privado).

A autora portuguesa Maria João Estourinho¹⁶⁷, em obra intitulada “Fuga para o Direito Privado” explica em detalhe este fenômeno que, muito embora vivido com mais intensidade na contemporaneidade, já existia em determinada medida há muito tempo. Assim, nas últimas décadas tem-se intensificado a busca do Direito Administrativo por instituições do direito privado, por modos de atuação da iniciativa privada e mesmo pelo regime jurídico privado(ainda que adaptados).

Particularmente, no caso do Brasil, conforme referido anteriormente, esta tendência se acentuou na década de 90, com o movimento da Reforma Administração Pública. Buscam-se novos institutos, formas de atuação na Administração e um novo regime jurídico (que coloque a Administração no mesmo patamar que os particulares), em nome da eficiência, de um maior apego aos princípios da ordem econômica (dentre eles a livre iniciativa e a livre competição) e defesa dos direitos fundamentais do homem¹⁶⁸.

Como consequência desta Reforma várias medidas foram tomadas, a exemplo da: quebra de monopólios, venda de ações de empresas estatais a privados (privatização *strictu sensu*), abraçou formas de gestão de privados como concessões de serviços e obras públicas e parcerias público-privadas, as diversas parcerias com organizações privadas sem fins lucrativos, o incremento da terceirização, a predileção pelo regime contratual para servidores (reduzindo o regime estatutário a determinadas carreiras públicas), liberalização de serviços considerados públicos introduzindo a idéia de competição nos mesmos, “a introdução de formas consensuais para correção de atividades praticadas por agentes públicos, ao lado da atuação unilateral”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ ESTOURINHO, Maria João. **Fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 1999.

¹⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2013. p.12-13.

¹⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo. **Revista Interesse Público.** Porto Alegre: Notadez, ano VI, 2005, nº 30, p 42-57

4.2 REGIME JURÍDICO (E INSTITUTOS) DE DIREITO PRIVADO UTILIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Não há consenso doutrinário relativamente ao que ocorre quando a Administração Pública utiliza institutos jurídicos típicos de direito privado, regidos pelo regime privado (a exemplo de contratos de locação, compra e venda, empresas privadas, empresas estatais com personalidade de direito privado, fundações de direito privado ou entidades paraestatais). Neste caso há divergência acerca da posição em relação ao particular a Administração Pública se encontra, ou seja, esta relação do Estado com os particulares será horizontal ou vertical (se dá em pé de igualdade ou desigualdade), e em que nível. E se a Administração continua sujeita as mesmas restrições e titular das mesmas prerrogativas¹⁷⁰. Não há uma resposta simples para tais questões, particularmente sobre em que nível as prerrogativas estatais podem ser mitigadas.

Segundo alguns autores quando o Estado faz uso de institutos de direito privado ele se nivelaria com o particular. Um expoente deste pensamento é o doutrinador argentino Otto Mayer¹⁷¹ que afirma que a razão de ser o direito civil aplicável ao Estado é, simplesmente, que resulta prático (natural e conveniente) presumir que tudo que *igual por natureza* deve ser também *regulado igualmente*.

Este também é o entendimento de Renato Alessi¹⁷², que afirma que um mesmo órgão não pode estar investido simultaneamente, para além dos poderes de supremacia, inerentes à soberania, dos poderes jurídicos e direitos subjetivos análogos ao de qualquer outro sujeito jurídico em conformidade com o ordenamento. Direitos e poderes, portanto, em que o Estado, titular, se encontra na mesma posição que sujeitos privados, tendo não só esses poderes e direitos na mesma extensão, mas também as mesmas limitações análogas às que o ordenamento

¹⁷⁰ GREGO-SANTOS, Bruno. Nivelamento *versus* igualdade: Aspectos subjetivo e objetivo do posicionamento da administração pública em relação ao particular. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p.122-123.

¹⁷¹ MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1949. T.1, p.184-185.

¹⁷² ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. t.1, p.212 e 217-220

jurídico atribui a qualquer outro sujeito não estatal. Contudo reconhece que a natureza pública do sujeito estatal (e sua atividade) não deixará de influir no regime a ele aplicável no momento em que se estabelece a relação, durante a relação, no momento de sua extinção e em uma eventual execução forçada.

No Brasil pode-se citar o entendimento de Seabra Fagundes¹⁷³ que defende que o Estado “nunca a atividade (do Estado) pode ser perfeitamente assemelhada a do indivíduo, quer na forma por que se exerce, quer na sua finalidade. Ainda mesmo ao revestir o caráter da chamada atividade gestão”. Lembra que a atividade do “indivíduo” é sempre livre sob uma perspectiva jurídica, condicionado a sua vontade somente, na medida em que a atividade Estatal seria sempre juridicamente dependente, ou seja, condicionado ao interesse público. Desta forma, ainda que aparente extrinsecamente o procedimento estatal ao do particular, a Administração, agindo sempre em consonância com a finalidade intrínseca à atividade estatal, tem as suas atividades juridicamente distintas daquelas travadas entre privados.

Também é do entendimento de Maria Sylvia Zenelladi Pietro¹⁷⁴ que enquanto o estado é livre para agir, a atividade estatal é juridicamente dependente, isto é, condicionada ao interesse público. Expondo ainda que nunca poderia haver completa igualdade entre o particular e a Administração Pública, porque esta última personifica o poder, representando o Estado; exemplificando tal compreensão com um estudo do direito positivo e das constantes derrogações feitas por normas de ordem pública e constitucional do direito comum, mesmo em relações de direito privado da administração.

Não obstante reconhecido que há uma posição de desigualdade, esta pode ser menor ou maior, e nem sempre favorável a Administração Pública, vez que esta está limitada por sua finalidade decorrente (explícita ou implicitamente) de lei, por uma forma (que nem sempre será exigida entre particulares), por regras de competência e por princípios próprios do direito administrativo (como o da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, motivação, publicidade, segurança jurídica, interesse público, continuidade). Igualmente, todas as restrições aplicáveis à Administração

¹⁷³ FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.p.155-156.

¹⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 97.

Pública tampouco desaparecem por fazer a Administração uso de institutos de direito privado. Por vezes os desvios impostos ao direito privado asseguram prerrogativas à Administração Pública, como o juízo privativo, o poder de controle, a autotutela e a autoexecutoriedade¹⁷⁵.

Enquanto nas relações de direito público as prerrogativas se presumem independentemente de previsão legal, nas relações de direito privados de que a Administração participa o que se presume, no silêncio da lei, é a inexistência de prerrogativas; os desvios ao direito comum são apenas os expressamente estabelecidos em lei¹⁷⁶.

Parte da doutrina compreende que não há limites para a derrogação, salvo se o regime jurídico privado seja imposto pela Constituição, como acontece com as empresas estatais, que atuam no domínio econômico, conforme disposição do art. 173, §1º, II. Neste sentido, as derrogações feitas ao regime privado só terão validade se estiverem fundadas na própria Constituição, sob pena de inconstitucionalidade. E, de fato, a Constituição, muito embora determine que às empresas estatais sejam subordinadas ao mesmo regime jurídico que as empresas privadas (inclusive no que toca a seus direitos e responsabilidade civil, trabalhista e tributária), impõe também limitações. Em múltiplos dispositivos estabelece regras que derogam o regime privado, como é o caso do art. 37 (aplicável a toda administração direta e indireta, nos três níveis de governo) que estabelece que empregados das estatais estejam sujeitos à exigência de concurso público, a vedação a acumulação de cargos (salvo exceções expressas no inciso XVII), sujeição ao teto salarial¹⁷⁷, a imposição de

¹⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.p.15.

¹⁷⁶É da opinião de Di Pietro que, por vezes, são tantas as derrogações que o instituto por pouco não se descaracteriza e assume um semblante diverso, mais próximo do direito público que do direito privado. A título de exemplo cita a locação de bens públicos (o que a princípio parece irônico, pois este é normalmente o principal exemplo citado por doutrinadores ao tratar de contratos privados da Administração). Destaca que o instituto supramencionado, regido pelo Decreto-lei n. 9.760 de 1946, em seu art. 64, prevê possibilidade de serem os bens da União alugados, aforados ou vendidos. Contudo, não se trata do típico aluguel regido pela Lei Civil, mas sim, na forma do art. 87 do Decreto-lei mencionado, a esta locação não serão aplicáveis outras legislações, em outras palavras trata-se de locação regida pelo direito público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.p.15-16

¹⁷⁷ Note-se que tal exigência não se aplica as empresas estatais que não dependam de verbas do orçamento do Estado para pagar seus empregados.

regime de licitação (art. 21 c/c art. 173, §1º, III, ambos da Constituição Federal) e as normas acerca do controle financeiro e orçamentário¹⁷⁸.

Logo, resulta que se aplica para as empresas estatais um regime misto, pois em determinados momentos se tem similaridade com empresas privadas e em outros aproxima-se do regime de pessoas jurídicas de direito público. Não havendo previsão constitucional da utilização pela Administração do direito privado as derrogações poderão ser maiores ou menores, segundo critérios estabelecidos pelo legislador¹⁷⁹.

Inconteste também que no ordenamento brasileiro há hipóteses em que a utilização de regime de direito público é obrigatória, por opção do legislador constituinte, que entendeu este o meio mais adequado para a consecução de seus fins (como é o caso do regime estatutário previsto para carreiras típicas do Estado). Em outras hipóteses a legislação deixa a cargo da Administração qual regime jurídico deverá ser adotado, numa avaliação de conveniência, a exemplo dos serviços públicos (conforme o art. 21, XI e XII da Constituição) cuja forma de gestão é eleita de maneira discricionária pelo Estado (União)¹⁸⁰.

Frisa-se ainda que nas hipóteses em que cabível a derrogação do regime privalístico esta se permite para garantir a supremacia do interesse público, uma vez que a atuação estatal, seja por meio de instrumentos públicos ou privados, só será legítima se orientada a satisfação das necessidades da coletividade¹⁸¹. A concepção filosófica do estado como ideal moral coloca a Administração Pública como protagonista da aglutinação do interesse coletivo e sua tradução em ações que concretize-os¹⁸².

¹⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.p.15-16

¹⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.p.15-16

¹⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.p.16

¹⁸¹ GREGO-SANTOS, Bruno. Nivelamento *versus* igualdade: Aspectos subjetivo e objetivo do posicionamento da administração pública em relação ao particular. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.p.129.

¹⁸² MALBOTT, J.D. **the State and the Citizen: na introduction to political philosophy**. Londres: Hutchinson, 1965. p.113.

5. ACORDOS DE ACIONISTAS

Trata-se o acordo de acionistas de contrato que se submete as regras ordinárias de validade¹⁸³ e eficácia que regem os negócios jurídicos privados, firmado entre acionistas de uma mesma companhia, cujo objeto será a regulação do exercício de direitos decorrentes da titularidade de suas ações, podendo, via de regra, abarcar o direito de controle, voto dos minoritários ou, ainda, a negociabilidade dessas ações¹⁸⁴.

A finalidade precípua de tais acordos reside na composição dos interesses dos acionistas no que tange a seus direitos políticos junto à companhia, bem como patrimoniais sobre suas ações¹⁸⁵.

Percebe-se que os interesses ajustados através do acordo de acionistas se confundem com a própria sociedade quando tratam sobre o controle, ao passo em que avenças de votos de minoritários e acordos de bloqueio têm um condão privado, interessando somente, em princípio, a seus subscritores¹⁸⁶.

5.1 NATUREZA JURÍDICA

Muito se discute acerca da natureza jurídica dos acordos de acionista, há os que entendem tratar-se de uma sociedade, o que não é plausível, seja pelo formalismo do instituto, seja pela ausência de capital que justifique a natureza de sociedade.

¹⁸³ Devendo então para que seja válido possuir agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, consoante previsão do art. 104 do CC/02. Contudo, conforme prevê a Lei Societária brasileira em seu art. 118, acordos de acionistas deverão preencher além dos requisitos ordinários, requisitos próprios quanto aos sujeitos, objetos e forma. Ainda que não se possa falar propriamente em um regime especial para este tipo de negócio, esta espécie contratual possui delimitações e distinções no que tange a elementos clássicos do contrato, para que assim possa produzir os efeitos intencionados pela Lei Societária.¹⁸³ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011. p.22.

¹⁸⁴ LUCENA, Waldecy. **Das Sociedades anônimas – Comentários à lei**, v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p 11130 e s.

¹⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 314 e s.

¹⁸⁶ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.23.

Outra facção da doutrina atribui a natureza jurídica do contrato plurilateral, tendo em vista que o objetivo perseguido é único e comum a todos no momento em que externam suas vontades. No que tange aos acordos de controle e de voto minoritário esta escola já foi consagrada. Há aqueles que além de atribuir à avença natureza plurilateral coloca-o entre os contratos de organização econômica.

Para outros doutrinadores o acordo de acionista não chegaria a alcançar as condições inerentes aos contratos, sendo enquadrado como ato coletivo complexo. Existe também corrente que atribui ao acordo de acionista natureza *sui generes*, vez que seria uma associação com demasiados elementos atípicos para que fosse

5.1.1 Partes do acordo de acionistas

Para que melhor inteligência desta matéria faz-se necessária a distinção entre a parte em sentido forma e parte em sentido substancial. Em uma perspectiva formal apenas os acionistas poderiam figurar como parte no acordo de acionistas. Assim, sob esta perspectiva a sociedade em si, seus administradores ou terceiros não poderia participar como parte constitutiva do acordo de acionista¹⁸⁷.

Não obstante será a sociedade empresaria parte substancial do acordo de acionista, quando estes forem acordos de controle. Nos acordos de bloqueio (de preferência e de opção) a companhia será parte formal sempre que tiver direito de preferência na aquisição de ações para mantê-las em tesouraria (conforme dispõe o art. 30 da Lei Societária)¹⁸⁸.

Conclui-se que no acordo de acionistas poderão ser partes todo aquele que for titular de ações. Aqui se inclui também aqueles titulares de direitos referentes às ações, como acontece com usufrutuários e fideicomissários¹⁸⁹. Destarte somente será parte do acordo de acionistas titulares do direito de voto ou disposição de ações abrangendo aqueles que possuem direitos reais sobre as ações, como

¹⁸⁷ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.30.

¹⁸⁸ LAMYFILHO, Alfredo e BULHÕES, José Luiz. **A lei das S.A.** v. II, parte III, pareceres. Ed. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

¹⁸⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.31.

usufrutuários e fideicomissários (estes últimos instituídos previamente ao Código Civil de 2002¹⁹⁰). O primeiro será parte do acordo quando, no ato constitutivo do gravame, o direito de voto, o segundo, sendo o fideicomisso instituído sob a égide do Código Civil de 1916, o direito de voto e consequente faculdade de firmar acordo de acionista compete ao fiduciário (note-se que o fideicomissário não poderá fazê-lo, porquanto enquanto perdure o ônus é o fiduciário que assume as vestes de proprietário)¹⁹¹.

Recordando que contratos firmados entre acionistas e terceiros se submetem as normas ordinárias de contrato e não societárias, de outra parte acordos firmados entre acionista e administrador da companhia configura fraude à lei, não sendo possível em nosso ordenamento¹⁹².

Desta forma, no acordo de acionista de voto com a companhia ou seus administradores que almejam o voto da verdade (quando se busca a aprovação de constas da administração) ou o de vontade (voltada para o continuísmo dos administradores atuais da companhia) a ilegalidade não se encontra no resultado que se obtém com o acordo, mas sim com o resultado que se persegue, ou seja, com a convenção¹⁹³. Constitui também fraude à Lei a cessão a terceiros de ações que a companhia tenha em tesouraria com a finalidade exclusiva de vinculá-lo a acordo de acionista objetivando o exercício de voto.

¹⁹⁰ O instituto do fideicomisso foi derogado para efeito de vinculação em acordos de acionistas no direito brasileiro por força da vigência do Código Civil de 2002, porém os fideicomissos instituídos antes da vigência do atual Código Civil matem sua validade e eficácia no direito societário. CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.37.

¹⁹¹ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.37

¹⁹² A cerca da ilegalidade de acordos entre acionistas e administradores, não se trata somente de questão acadêmica, mas sim de questão que possui uma grande relevância pratica entre as “companhias com capital disperso” (e por via de consequência sem controlador), nestas companhias ocorre uma separação entre a propriedade de ações e o poder de controle. Aqui os administradores da companhia assumem de forma autônoma a direção das atividades da companhia. Nesta conjectura há uma tendência de se tentar cooptar certos acionistas para que votem favoravelmente a propostas feitas singularmente pelos administradores e pela continuidade dos mesmos em seus cargos. Tais acordos não estão em consonância com o interesse social, *“por isso, não se pode admitir a instituição e acordos de natureza de política (voto) entre a sociedade e seus acionistas, cujos efeitos seriam idênticos àqueles entre acionistas e administradores, pois, da mesma forma, fariam prevalecer a vontade destes. Tais avenças, em si nulas, são chamadas pela doutrina de ‘consórcios de administração’”*. CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.31-33

¹⁹³ Carvalhosa exemplifica: *“O caráter ilícito, nos planos civil e penal de tais convenções é universalmente proclamado, sendo tal ilicitude gravíssima, em si tratando de voto de verdade, na medida em que o acordo que o acolhesse visaria aprovar, sempre, contas da própria administração, independentemente de serem elas regulares ou não”*. CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.33-34

São, assim, partes ilegítimas para constituir acordo de acionistas, objetivando o direito de voto, a companhia e seus administradores. O administrador que for simultaneamente acionista sofrerá uma restrição aos possíveis objetos de acordo de que pode ser signatário, na medida em que não poderá configurar nas cláusulas em que houver conflito entre seu interesse *utisingulicomo* acionista e seu interesse na condição de administrador¹⁹⁴.

5.1.2 Forma do acordo de acionistas

Inicialmente, pode-se dizer que não é exigência da própria lei que acordos de acionistas se dêem de forma escrita (como em outras hipóteses, a exemplo do contrato de compra e venda de imóveis), não configurando, igualmente, um contrato formal¹⁹⁵. Meramente a lei exige que para que o acordo tenha eficácia *erga omnes* haja seu arquivamento e sua publicidade, motivo pelo qual a o acordo de vontades deverá estar materializado em um documento vinculante, irrevogável e irretroatável, não se trata assim de requisito *ad solemnitatem*, em que a validade da convenção, mesmo *inter partes* demanda a forma escrita para a avença¹⁹⁶.

Porem, disto também se aduz que a forma escrita é essencial à eficácia do acordo de acionistas e assim o uso da forma escrita não é fruto da mera vontade das partes, adotando-a somente por sua conveniência e segurança¹⁹⁷.

É da opinião de Waldecy Lucena¹⁹⁸ que, na forma do art. 118 da Lei de Sociedades Anônimas, é inerente à tipicidade do acordo de acionistas a forma escrita, para que

¹⁹⁴ O direito Americano, em oposição ao direito brasileiro, não tem um entendimento tão rígido acerca de acordos celebrados entre acionistas e administradores. Em companhias de capital fechado são comuns os *buy-out arrangements* ou *retire arrangements*, onde se configura um mecanismo de recesso contratual (*withdrawrights*) evitando-se assim que o mesmo se utilize de recursos judiciais para questionar a validade de deliberações com as quais discorda. Este direito de recesso não tem previsão legal ou no estatuto da companhia, sendo de natureza contratual e, via de regra, sendo acordado anteriormente ou concomitantemente à companhia. Contudo a jurisprudência norteamericana, no que tange a acordos entre administradores de um lado e acionistas do outro, que tem por objeto o exercício do direito de voto, tem sido incisiva em sua condenação. CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.34 e s

¹⁹⁵ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.51

¹⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. V. III.p. 43 es

¹⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. V. III.p. 42.

possa produzir seus efeitos, vez que são um dos negócios nos quais para que produzam efeitos perante terceiros e à própria companhia demandam o arquivamento na sede social.

Modesto Carvalhosa¹⁹⁹ ressalta ainda que em nenhum dos três tipos de acordo de acionistas previstos em lei é necessária à assinatura de testemunhas, admitindo-se para a eficácia do pacto qualquer documento passível de arquivamento que bastem para materializá-lo.

5.2. OBJETO DOS ACORDOS DE ACIONISTAS (TIPICIDADE DO ACORDO DE ACIONISTAS)

A tipicidade do acordo de acionistas estabelecida no art. 118 da Lei de Sociedades Anônimas restringe seu objeto (i) ao exercício do controle, (ii) ao exercício do direito de voto dos minoritários e (iii) à compra e venda preferencial de ações, de títulos e de títulos conversíveis em ações (opção) ou de compra e venda (aos quais se denominam acordo de bloqueio)²⁰⁰.

Assim, a lei societária expressa exhaustivamente os três tipos de acordos de acionistas que aptos a vincular a sociedade, seja na condição de titular de interesses (o que se dá nos acordos de controle e eventualmente em acordos de bloqueio), ou seja na condição de pessoa em cujo âmbito tais acordos serão exercidos (havendo o devido arquivamento)²⁰¹.

Assim há no direito societário brasileiro três negócios jurídicos que são nitidamente distintos quanto a seu objeto, sua função perante a companhia e até mesmo seus efeitos.

Contudo, no que tange a possibilidade de acordos atípicos, isto é que fujam as espécies previstas no art. 118 da Lei Societária, é da opinião de Modesto

¹⁹⁸ LUCENA, Waldecy. **Das Sociedades anônimas – Comentários à lei**, v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p 1170 e s.

¹⁹⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista: homenagem a Celso Babi Filho**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.52

²⁰⁰ LUCENA, Waldecy. **Das Sociedades anônimas – Comentários à lei**, v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p 1134 e s.

²⁰¹ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista: homenagem a Celso Babi Filho**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.92

Carvalhosa²⁰² que a lei não veda a celebração de acordos atípicos/destes, que incluam objetos distintos, que não o exercício do poder-dever de controle, o exercício de voto pelos minoritários ou a disponibilidade patrimonial de ações. Estas não excluiriam a validade e eficácia entre as partes de outras avenças eventualmente presentes no acordo, não obstante estas seriam imponíveis à companhia, concluindo:

Desse modo poderá o acordo tipificado no art. 118 da lei societária estar inserido em um negocio jurídico mais amplo, tal como um contrato de investimentos no âmbito de uma *joint venture* ou em qualquer outro documento que vincule os acionistas fora do âmbito restrito do controle, do voto minoritário ou da disponibilidade patrimonial das ações como referido.

De qualquer forma, constando as cláusulas extravagantes de um acordo de acionistas isolado ou, então, inserido num contrato mais abrangente, a sociedade deverá desconsiderar tais cláusulas, sendo-lhe vedado implementá-las sob qualquer motivo ou pretexto, sendo os administradores e os controladores responsáveis por abuso ao submeter a companhia aos efeitos de tais negócios jurídicos, por mais lícitos que sejam²⁰³.

Conseqüentemente, os acionistas poderiam estipular cláusulas extravagantes dentro do acordo, no âmbito da autonomia de suas vontades, ficando obrigadas as partes, mas nunca a companhia, sob a qual não têm qualquer eficácia.

5.3 VALIDADE DOS ACORDOS DE ACIONISTAS E LIMITES

A lei societária brasileira não estabelece um limite ao prazo de validade de acordos de acionistas.

²⁰² CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.92

²⁰³ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.92

Em âmbito nacional, não obstante a ausência de previsão quanto aos prazos dos acordos de acionista esta indeterminação só é aplicável aos acordos que tem por objeto o controle da companhia e de voto dos acionistas minoritários, mas não nos de preferência e de bloqueio. Nestes últimos a indeterminação de prazo se mostra incompatível com a natureza do direito e respectiva obrigação, que sempre demanda certeza sobre quanto tempo o negocio poderá perdurar²⁰⁴.

Quanto à eficácia do acordo de acionistas, esta varia perante as partes, a sociedade empresaria e terceiros. Para os acionistas contratantes a eficácia do acordo de acionistas em suas três modalidades (controle, de voto minoritário e de bloqueio) segue as regras típicas de qualquer contrato privado de caráter plurilateral (em se tratando de acordos de controle e de voto) ou unilateral (no acordo de bloqueio)²⁰⁵.

Perante a sociedade e terceiros somente será oponível e eficaz o acordo de acionistas depois de arquivado um exemplar de seu interior teor e anexos na sede social. O averbamento nos livros (e em se tratando de ações escriturárias também no extrato de conta corrente fornecido ao acionista, conforme o art. 40 da Lei societária) fará simples referencia ao acordo, à data e ao seu objeto (patrimonial, de controle ou de voto minoritário)²⁰⁶. Cumpridos tais requisitos não poderá a companhia ou terceiro alegar ignorância à existência do acordo²⁰⁷.

5.4 TIPOS DE ACORDO DE ACIONISTA

5.4.1 Acordo de controle

Pode-se dizer que este é o tipo mais relevante de acordo de acionistas que tem por objeto o controle do qual decorre sua participação substancial interessada em sua execução, vez que é plenamente oponível à companhia e vinculada à seus termos. Existe uma unidade jurídica entre o estatuto social e o acordo de controle. Isto posto

²⁰⁴ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.63

²⁰⁵CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.48

²⁰⁶ EIZIRIK, Nelson. **Temas de direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.27 e s.

²⁰⁷ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. pareceres, v. I. São Paulo: Singular, 2004. P.123 es

houve, com a mudança a redação dada ao art. 118 da Lei de S/A pela Lei n. 10.303/01, a instituição do *pooling agreement*²⁰⁸.

Por meio dessa modalidade de os acionistas signatários instituem uma comunhão para exercer o controle societário e para viabilizar esse exercício convencionam a realização de uma reunião prévia a cada deliberação atribuída ao conselho de administração, diretoria e assembleia geral. Durante esta reunião será definido, pelo critério de maioria absoluta dos acionistas, o direcionamento dos votos a serem proferidos posteriormente²⁰⁹.

Assim, por força dos §§ 8º e 9º do art. 118 da Lei Societária²¹⁰, os administradores eleitos pela comunhão dos acionistas controladores estão vinculados às deliberações sobre matérias relevantes e extraordinárias por ela decidida na atinente reunião prévia (em regime majoritário, como referido)²¹¹.

Neste sentido o regime do exercício comum de controle origina a vinculação das partes do acordo à vontade majoritária expressida na reunião prévia pela comunhão de seus signatários. Nada obstante, frisa-se que a matéria à qual a administração fica vinculada é restrita àquelas de natureza relevante e extraordinárias, expressamente listadas no acordo de acionistas. Logo, extrai-se também que essa vinculação não poderá abranger matérias, isto é necessárias a gestão corrente da companhia (para as quais a administração deverá ser independente)²¹².

O vínculo assim se refere à condução política da empresa em matérias que transcendam a administração ordinária.

²⁰⁸ Consagrado a mais de um século pela jurisprudência norte-americana.

²⁰⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p.117-118

²¹⁰ Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

§ 8º O presidente da assembléia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado

§ 9º O não comparecimento à assembléia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada. BRASIL. **Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>, acesso em: 28 abr. 2015

²¹¹ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 118

²¹² CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 118

5.4.2 Acordo de voto minoritário

Os acordos de voto no direito brasileiro, por força da reforma trazida pela Lei n. 10.303/01, foram reservados aos acionistas minoritários para assim diferenciá-lo do acordo de controle, que por são exclusivos àqueles acionistas que logrem compor a maioria absoluta das ações votantes da companhia. Observa-se ainda que os acordos de voto também podem ser celebrados por acionistas preferenciais²¹³, ainda que de forma limitada, pois só terá como objeto aquelas matérias próprias de assembleias especiais do interesse específico desta classe de ações²¹⁴.

A propósito, no acordo de voto não se aplica o regime de vinculação dos administradores (instituídos nos §§ 8º e 9º do art. 118 da lei societária) como nos acordos de controle, na medida em que tal vinculação é instrumento específico e inerente ao exercício harmônico do controle para que assim se viabilize o cumprimento do interesse social. Por óbvio o poder de controle não caberá aos minoritários que, mesmo no âmbito do acordo de votos, não possuem o direito-função de implementar (estabelecer) políticas empresariais²¹⁵.

Por via de consequência, só será objeto válido do acordo de voto de minoritários matérias de competência das assembleias gerais ou especiais, não podendo adentrar matéria de atribuição dos órgãos de gestão. Da mesma forma não poderá impor diretrizes aos membros dos órgãos de administração, mesmo sendo ele eleito em virtude deste acordo de voto, devendo os administradores manter absoluta independência no desempenho de suas funções (legais e estatutárias)²¹⁶.

De outra parte, matérias instituídas na lei societária referente a direitos individuais (seja seu exercício ou sua renúncia) poderá ser objeto de acordo de votos de minoritários. Não obstante para que não seja eivado de invalidade, quando tratar o

²¹³ Acionista preferencial será aquele detentor de ações preferenciais, aquelas que não dão ao acionista direito a voto, muito embora (COLOCAR REFERENCIA EXPLICANDO)

²¹⁴ A esses acordos no âmbito dos acionistas preferencialistas aplicam-se todos os princípios e as regras próprias dos acordos de voto minoritários (com acionistas ordinários). CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 119

²¹⁵ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 119

²¹⁶ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 119

acordo de renúncia de direito individual, deverá prever especificamente as matérias e os eventos específicos em que o acordo se aplicará. Aponta Modesto Carvalhosa²¹⁷ que tratar-se não de uma renúncia a direito individual, mas sim de uma suspensão do exercício do mesmo em função do acordado entre os acionistas; isto porque, abordam matérias que, na forma do previsto no art. 109 da Lei Societária, são direitos individuais que não podem ser privados do acionista, seja pelo estatuto social, pela assembleia geral ou, muito menos, pelo acordo de voto.

Conclui-se que são válidos os acordos de voto que versem sobre todas as matérias objeto das assembleias gerais ou especiais da companhia, bem como a suspensão do exercício de direito individual. A título de exemplificação pode-se citar: a suspensão de direito de exercer de preferencial em subscrição em específico aumento de capital ou de recesso em uma mudança estatutária particular, ou ainda a suspensão de direito de voto múltiplo em assembleia. Oportunamente, novamente, note-se que a renúncia de direito tem que ser específica e delimitada, estando vedadas cláusulas genéricas neste sentido²¹⁸.

5.4.3 Acordo de bloqueio

O terceiro tipo de acordo, autonomamente ajustado, ou então inserido em acordo de controle ou de voto trata da compra e venda e preferência na aquisição de ações e de títulos ou direitos conversíveis em ações, denominado, na prática societária, “acordo de bloqueio”²¹⁹.

O termo compra e venda, neste conceito, deve ser interpretado de forma mais amplo, e não restritiva, de disposição patrimonial (alienação e aquisição), compreendendo qualquer negócio jurídico, enquanto ato voluntário e regular, que implique na transferência da propriedade de ações²²⁰.

²¹⁷ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 120

²¹⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 120

²¹⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 117

²²⁰ Dentre os negócios jurídicos que implicam na alienação e aquisição de ações pode-se citar a troca, a doação e a subscrição de com a conferência de bens ao capital. CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 121.

O objeto específico neste tipo de acordo de acionista é a estipulação de preferência para a aquisição de ações. À semelhança do que foi colocado anteriormente acerca da interpretação do termo “compra e venda” o mesmo poderá ser dito sobre a compreensão do termo “preferência”, que deve ser entendido amplamente para incluir a preempção, a opção e o prévio consentimento subjetivo (clausula de aceitação pessoal)²²¹.

A preferencia poderá inclusive visar a venda forçada, como na hipótese de ações penhoradas, se houver execução de dívida, mediante pagamento desta, aos terceiros credores, pelos demais signatários do acordo²²².

Isto posto, a finalidade da preferencia pode ser tanto a vantagem patrimonial, sem qualquer outra consideração, como também (o que se dá com mais frequência) almejar a manutenção, ampliação ou aquisição (ingresso) do controle. Uma outra possibilidade é que o acordo de bloqueio vise a manutenção do quadro societário, impedindo o ingresso de terceiros indesejados à composição da sociedade (inclusive, por exemplo, concorrentes que possam conturbar a política da companhia)²²³.

²²¹ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 121

²²² Neste sentido destaca Carvalhosa ainda que: “A causa de se honrar a dívida na hipótese é de não desejarem os demais signatários do acordo de bloqueio que as ações venham a cair em mãos de terceiros, no caso dos credores. Na penhora como também naquele em que o nu-proprietário tem preferencia legal para adquirir aos direitos do usufrutuário, não há preempção, mas opção. Isto porque uma das partes no acordo de acionistas já outorgou a outra o direito de regular de adquirir as ações. Não há, nessas duas hipóteses, concorrência de oferta, como ocorre na preempção. No caso de venda forçada (penhora), os acionistas signatários do acordo é que adquirirão as ações penhoradas, como ali previsto. No caso do usufruto, pela própria natureza do negócio, somente o nu-proprietário poderá adquirir os direitos destacados de sua propriedade acionária”. CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 122.

²²³ Este quadro se dá de forma mais acentuada nas chamadas companhias de capital disperso, nas quais o jogo de aquisições de ações pode de fato perturbar ou mesmo subverter o comando dentro da companhia. CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 122.

Pode o acordo de bloqueio ter o condão também, em empresas com controladores, de manter o equilíbrio entre grupos dentro de sociedades de capital fechado, bem como de grupos de controladores comuns em companhias abertas.

Outro viés comum, levando-se em conta o caráter restritivo de que são dotados os acordos de bloqueio, é de objetivar, ainda, não diretamente a alienação de ações, mas a exigência de prévio consentimento dos demais pactuantes para que se dê a alienação de ações para terceiros. Com efeito, é cabível, em companhias fechadas, acordos de bloqueio que institua cláusula que prevê que a cessão para terceiros dependerá de prévia e expressa aprovação dos demais signatários do acordo de acionistas. Carvalhosa destaca que, convenções de aceitação subjetiva devem conter sempre cláusulas liberatórias, isto é: obrigando-se à aquisição dessas ações, em que vetaram o ingresso de terceiro, pelos signatários remanescentes do acordo; sem a instituição de cláusula liberatória a estipulação de convenção de prévio consentimento representaria, por óbvio, uma restrição ilegal do direito de livre disposição do acionista sobre sua propriedade²²⁴²²⁵.

Desta forma, o direito a recusa ou veto deve vir sempre acompanhado de uma obrigação, equalizadora, de que os demais pactuantes deverão, no prazo estipulado pelo contrato, substituir o interessado que se apresentou como adquirente, pagando ao pactuante-retirante o valor e condições a ele oferecidos pelo terceiro. Destarte,

6 OS ACORDOS DE ACIONISTAS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Como já exposto às empresas estatais são uma personificação do Estado (integrando a Administração indireta), desdobramento de sua estrutura, são, de fato, organizações estatais. A empresa estatal tem duas feições de grande relevância: a primeira é de realização de função governamental e a segunda é integrar a estrutura orgânica do Estado²²⁶.

²²⁴ Conforme dispõe expressamente a Constituição Federal em seu art. 5º, XXIII: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade;”

²²⁵ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 123

²²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Empresas Estatais. A participação privada nas

Recorda-se que nem toda ação governamental se desenrola por atividade de organizações estatais. Entes não governamentais, a exemplo das empresas privadas concessionárias de serviço público, também podem exercer função governamental, sempre por delegação do Estado. Por outro lado, toda organização estatal desenvolvem ação governamental²²⁷.

É certo que, no que se refere a seu regime jurídico, as atividades econômicas exploradas por empresa estatal são consideradas privadas, por força de disposição do art. 173, §1º, II da Carta Magna. Mas ao mesmo tempo em que são criadas para intervir no domínio econômico são também instrumentos da ação governamental, na medida em que é demandado pelo relevante interesse coletivo ou importância para segurança nacional. Logo, é consenso de que o Estado não cria empresas estatais com o intuito de auferir lucro, mas implementar políticas públicas. Daí então dizer-se que as empresas estatais exercem função governamental, apesar de se revestirem de um figurino privado (tomando forma empresarial) e, exercem atividade econômica²²⁸.

6.1.ACORDO DE ACIONISTA NA SOCIEDADE ANÔNIMA E O PODER DE CONTROLE DO ESTADO

É da opinião de Mario Engler Pinto Junior²²⁹ que a configuração da sociedade de economia mista para efeitos da Lei n. 6.404/76 pressupõe o controle estatal “tanto majoritário quanto minoritário”, tenha caráter incondicional, ou seja, que não esteja sujeito à limitação alguma, seja de ordem estatutária ou de ordem contratual, que possa tolher a discricionariedade estatal na orientação da atividade da companhia

empresas estatais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.264.

²²⁷ “Desde as autarquias que prestam serviços públicos (os “Serviços Autônomos de Água e Esgoto”, por exemplo) autarquias com função de órgão regulador (a ANATEL, a ANEEL, o Banco Central do Brasil, o CADE); de uma empresa delegada de serviço público titularizado pelo Estado que a criou (a COMPAGÁS em São Paulo) até empresa estadual concessionária de serviço federal (a CEMIG, do Governo Mineiro, explorando serviço público da União); incluídas nesse rol, também as sociedades mistas e empresas públicas ditas de “intervenção no domínio econômico” (CF, art. 173, *caput* e §1º)”. SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Empresas Estatais. A participação privada nas empresas estatais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.264.

²²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Empresas Estatais. A participação privada nas empresas estatais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.264-265.

²²⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.348-349

para a consecução do interesse público que justificou sua criação. Entendendo que “qualquer concessão nesse particular inclusive mediante concessão de vantagens pecuniárias ou políticas que reduzam a capacidade de cumprimento de mandato estatal, implica a descaracterização da sociedade de economia mista”, o que teria que ser tratado de forma anômala à privatização; que impõe a intervenção do legislador para revogar ou derrogar lei específica que originalmente autorizou a constituição da companhia.

Entretanto, conforme expressado pelo STF no bojo do julgamento da ADI nº 234-RJ²³⁰, na hipótese em que se trate de venda de parcela minoritária do capital social,

²³⁰ Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 69 e parágrafo único, e art. 99, inciso XXXIII. Alienação, pelo Estado, de ações de sociedade de economia mista. 2. Segundo os dispositivos impugnados, as ações de sociedades de economia mista do Estado do Rio de Janeiro não poderão ser alienadas a qualquer título, sem autorização legislativa. Mesmo com autorização legislativa, as ações com direito a voto das sociedades aludidas só poderão ser alienadas, sem prejuízo de manter o Estado, o controle acionário de 51% (cinquenta e um por cento), competindo, em qualquer hipótese, privativamente, a Assembléia Legislativa, sem participação, portanto, do Governador, autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de economia mista bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado. 3. O art. 69, "caput", da Constituição fluminense, ao exigir autorização legislativa para a alienação de ações das sociedades de economia mista, e constitucional, desde que se lhe confira interpretação conforme a qual não poderão ser alienadas, sem autorização legislativa, as ações de sociedades de economia mista que importem, para o Estado, a perda do controle do poder acionário. Isso significa que a autorização, por via de lei, há de ocorrer quando a alienação das ações implique transferência pelo Estado de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais. A referida alienação de ações deve ser, no caso, compreendida na perspectiva do controle acionário da sociedade de economia mista, pois é tal posição que garante a pessoa administrativa a preponderância nas liberações sociais e marca a natureza da entidade. 4. Alienação de ações em sociedade de economia mista e o "processo de privatização de bens públicos". Lei federal n. 8031, de 12.4.1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização. Observa-se, pela norma do art. 2., parágrafo 1., da lei n. 8031/1990, a correlação entre as noções de "privatização" e de "alienação pelo Poder Público de direitos concernentes ao controle acionário das sociedades de economia mista", que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais. 5. Quando se pretende sujeitar a autorização legislativa a alienação de ações em sociedade de economia mista. Importa ter presente que isto só se faz indispensável, se efetivamente, da operação, resultar para o Estado a perda do controle acionário da entidade. Nesses limites, de tal modo, é que cumpre ter a validade da exigência de autorização legislativa prevista no art. 69 "caput", da Constituição fluminense. 6. Julga-se, destarte, em parte, procedente, no ponto, a ação, para que se tenha como constitucional, apenas, essa interpretação do art. 69, "caput", não sendo de exigir-se autorização legislativa se a alienação de ações não importar perda do controle acionário da sociedade de economia mista, pelo Estado. 7. É inconstitucional o parágrafo único do art. 69 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro ao estipular que "as ações com direito a voto das sociedades de economia mista só poderão ser alienadas, desde que mantido o controle acionário, representado por 51% (cinquenta e um por cento) das ações". Constituição Federal, arts. 170,173 e parágrafos, e 174. Não é possível deixar de interpretar o sistema da Constituição Federal sobre a matéria em exame em conformidade com a natureza das atividades econômicas e, assim, com o dinamismo que lhes é inerente e a possibilidade de aconselhar periódicas mudanças nas formas de sua execução, notadamente quando revelam intervenção do Estado. O juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e avista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional. Não será. Destarte, admissível, no sistema da Constituição Federal que norma de Constituição estadual proíba, no Estado-membro, possa este reordenar, no âmbito da própria

não afetando o controle acionário mantido pelo Estado, a companhia, esvaziada de sua missão pública, será considerada, para os fins da LSA, uma companhia ordinária (ainda que para efeito de direito administrativo e constitucional continue sujeita aos constrangimentos típicos do setor público).

A plenitude do poder de controle do Estado sobre a sociedade de economia mista, que a maioria da doutrina, em especial a mais tradicionalista, entende como uma exigência, deixaria pouco lugar nas sociedades de economia mista para o controle compartilhado (quando se faz necessária a anuência do sócio estratégico para a tomada de decisões empresariais mais relevantes).

Dentre os autores que partilham deste entendimento, em maior ou menor grau, encontram-se Fábio Konder Comparato e Eros Roberto Grau. Em análise concreta de acordo de acionistas celebrado entre o Governo de Minas Gerais e a Southern Electric Participações Ltda., sócia privada, no âmbito da Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG), Fábio Konder Comparato²³¹ considerou juridicamente inviável o controle compartilhado na sociedade de economia mista, alegando:

Com fundamento nessa espúria combinação, o Estado de Minas Gerais vê-se, doravante, impedido de exercer a prerrogativa leal de 'orientar as atividades da Companhia de modo a atender o interesse público que justificou sua criação' (Lei nº 6.404, art. 238). Se se entender, por exemplo, que o a Companhia, para enfrentar novos investimentos, não deve dirigir-se ao mercado financeiro, mas sim para autofinanciar-se pela retenção de

competência, sua posição na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidas ou, desnecessariamente exploradas pelo setor público. 8. Não pode o constituinte estadual privar os Poderes Executivo e Legislativo do normal desempenho de suas atribuições institucionais, na linha do que estabelece a Constituição Federal, aplicável aos Estados-membros. 9. É também, inconstitucional o inciso XXXIII do art. 99 da Constituição fluminense, ao atribuir competência privativa à Assembléia Legislativa. "para autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de economia mista bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado". Não cabe excluir o Governador do Estado do processo para a autorização legislativa destinada a alienar ações do Estado em sociedade de economia mista. Constituição Federal, arts. 37, XIX, 48, V, e 84, VI, combinados com os arts. 25 e 66. 10. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, declarando-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 69 do inciso XXXIII do art. 99, ambos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem assim para declarar parcialmente inconstitucional o art. 69, "caput", da mesma Constituição, quanto a todas as interpretações que não sejam a de considerar exigível a autorização legislativa somente quando a alienação de ações do Estado em sociedade de economia mista implique a perda de seu controle acionário. (BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.234-1-RJ – Proc. 29628 EMENT VOL-01800-01 PP-00023-1021. Requerente: Governador Do Estado Do Rio De Janeiro. Requerido: Assembléia Legislativa Do Estado Do Rio De Janeiro: Min. Néri Da SILVEIRA. Brasília, DJ 15 set. 1995. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo8.htm>. Acesso em: 01 mai. 2015).

²³¹ COMPARATO, Fábio Konder. Sociedade de economia mista transformada em sociedade anônima ordinária – inconstitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, nº 25, p. 61-68., jan/mar. 1999. p.66.67.

dividendos, ou sua distribuição em percentual inferior ao fixado obrigatoriamente em estatuto, a outra acionista, que não tem, obviamente, qualquer compromisso com o interesse público, poderá fundar-se na mencionada estipulação convencional para se opor a essa orientação. Teremos então a escandalosa ocorrência de um bloqueio na aplicação da lei, por efeito de um acordo privado. Ou seja: aqui, ao revés do que proclamava o dogma romano, *ius publicum privatorum mutari potest*. (...) se se reconhece que, em sentido oposto, a sociedade já não pode ser considerada de economia mista após a celebração de um acordo de voto que cria um controle de sociedade conjunto, estaremos atribuindo ao Poder Executivo a prerrogativa de dispensar a autorização de lei para transformação da sociedade de economia mista em sociedade anônima ordinária, que configura flagrante inconstitucionalidade

Eros Roberto Grau, por sua vez, também emitiu parecer sobre o caso da CEMIG, concluído pela impossibilidade do Estado possuir a maioria do capital votante, mas, ao mesmo tempo, abrir mão do exercício do poder de controle na sociedade de economia mista, nos termos:

À pessoa do direito público autorizada pela lei a constituir e organizar a sociedade de economia mista incumbe não apenas deter a maioria do capital votante, mas usar efetivamente o poder que daí decorre, a fim de realizar o interesse público. Note-se que a maioria do capital votante e o uso efetivo do poder que disso decorre não constituem, na relação de administração, em fim em si, porém instrumento para realização do interesse público. Por isso mesmo a pessoa de direito público autorizada pela lei a constituir e organizar a sociedade de economia mista não é livre para fazer qualquer uso daquele poder, antes, pelo contrário, devendo dele fazer somente uso compatível com e adequado à causa pressuposta da outorga da autorização legal para criação e organização da sociedade de economia mista²³².

Concluindo ainda que:

A participação majoritária detida pelo Estado no capital votante de sociedade de economia mista não cumpre nenhuma função, para o Estado, senão de instrumentalmente assegurar o exercício do poder de controle, que é uno, em relação a sociedade; a detenção pura e simples de uma maioria acionária esvaziada do poder de controle isolado pelo Estado já não lhe atribui o *status* de acionista²³³.

Isto, contudo, na opinião de Mario Engler Pinto Junior²³⁴, não quer dizer que o Estado esteja absolutamente impedido de celebrar qualquer tipo de acordo de acionistas para regular a convivência societária (ou mesmo estabelecer disposições

²³²GRAU, Eros Roberto. Parecer – acordo de acionistas. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais, Direito Público**, Belo Horizonte, v.1, nº 2, p.55-68, jul./dez., 1999.p.63. A título de curiosidade, dada a relevância do caso, esta edição da Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais foi inteiramente dedicada à pareceres acerca do mesmo.

²³³GRAU, Eros Roberto. Parecer – acordo de acionistas. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais, Direito Público**, Belo Horizonte, v.1, nº 2, p.55-68, jul./dez., 1999.p.67.

²³⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 350

estatutárias que confirmam direitos adicionais aos titulares de ações preferenciais, conforme fundamento constante do art. 18 da Lei nº 6.404/76.). Na realidade o Autor admite que o Estado, na condição de acionista controlador, deve possuir liberdade volitiva de se obrigar perante a companhia e perante os demais acionistas, independentemente de autorização legislativa, sem que isso desvirtue a forma social adotada, desde que ainda esteja apto a agir em prol do art. 238 da LSA.

Entenda ou não aplicável à sociedade de economia mista os acordos que mitigam o controle exercido pelo Estado, há que se questionar acerca da possibilidade deste eleger firmar acordo de acionista com outras finalidades.

Existem uma gama de situações que podem justificar a instituição de tratamento mais favorável aos acionistas minoritários, não só na via estatutária, mas na contratual. Como exemplo, podem-se ter regras procedimentais que ampliem a transparência e o nível de *disclosure* dentro da companhia, assegurando uma maior participação ao sócio minoritário (e a terceiros interessados, vinculados à atividade estatal) no processo decisório interno²³⁵.

O Estado dispõe ainda de uma extensa liberdade para manobrar e estruturar vantagens patrimoniais dentro dos parâmetros permitidos pela Lei nº 6.404/76, particularmente no que tange à estipulação de dividendos obrigatório, mínimo ou fixo, extensão do direito de venda conjunta de ações preferenciais e no caso de alienação de controle acionário (intitulada pela doutrina de *clausula de tag along*) ou aumento do prêmio devido às ações ordinárias²³⁶, dentre outras hipóteses. De outra parte, entende que não serão válidas as disposições que confirmam a acionista minoritário o poder de veto nas deliberações de assembleia e matérias de competência ordinária do conselho de administração; aceitando, contudo, que o Estado se comprometa a submeter aos demais acionistas para sua avaliação propostas de reorganização societária, ou mesmo outras alterações que tenham reflexo profundo na estrutura patrimonial e societária da companhia. O crivo feito pelos demais acionistas, porém, deve se ater à adequação do tratamento econômico previsto (sem entrar em um julgamento de conveniência e oportunidade)²³⁷.

²³⁵ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 351

²³⁶ Nos termos do art. 235-A.

²³⁷ Na Opinião de Mario Engler pinto Junior “o importante é que tais arranjos não retirem do Estado prerrogativas de dirigir soberanamente os negócios sociais para consecução do interesse público

Também, nesta corrente, seria factível assegurar maior representação assembleiarà acionistas minoritários, desde que o Estado mantenha o poder de eleger isoladamente maioria absoluta dos conselheiros (comprometendo-os à causa pública). Nada impede, tampouco, que o Estado abra mão de eleger membros do conselho fiscal em prol do interesse de acionistas privados, pois vez que se trata de órgão de função opinativa e fiscalizatória, tal disposição não alteraria seu poder de direcionar a atividade da companhia²³⁸. Afiguram-se juridicamente viáveis compromissos (contratuais) assumidos pelo Estado e pela companhia por ele controlada, nos segmentos especiais de listagem criados pela BOVESPA (às quais várias empresas estatais já aderiram); as regras diferenciadas de governança corporativa adotadas não conflitam com prerrogativas reservadas ao controlador público²³⁹²⁴⁰.

Contudo, há também quem entenda, ao exemplo de Carlos Ari Sunfeld²⁴¹, que o modelo de parcerias estratégicas na sociedade de economia mista é mais favorável que a alternativa da dispersão acionária de parcela minoritária de capital social, isto porque o envolvimento do sócio privado na companhia contribui para seu sucesso, enquanto o investidor no mercado de capitais almeja objetivos especulativos de curto prazo. Nesta senda demonstra que a possibilidade de acordo de acionista na sociedade de economia mista com a finalidade de compartilhar a gestão com o sócio

inerente à sociedade de economia mista e, ao mesmo tempo, guardem razoável proporcionalidade com objetivos financeiros pretendidos pelo Estado”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 351)

²³⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.p.352.

²³⁹ Nesse diapasão interessante disposição do regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado (mantida pela BOVESPA) ao afastar a arbitragem para julgar acionista controlador público tendente a orientar a companhia com base no art. 238 da LSA, pois esses seriam direitos indisponíveis do Estado e, portanto, não poderiam ser objeto de transação. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. O novo mercado da BOVESPA e o compromisso da sociedade de economia mista com práticas de boa governança corporativa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, nº 128, p.54-60, out./dez. 2002. p.58).

²⁴⁰ Acerca da fiscalização, na hipótese de adesão as práticas de governança, realizada pela CVM, “a fiscalização pela CVM, com efeito, diz respeito principalmente a proteção dos acionistas (investidores), e não dos objetivos de interesse público das Sociedades de Economia Mista. Sua competência estende-se ate mesmo a fiscalização do controlador da Companhia Aberta de Economia Mista (União), salvo quando este, embora descumprindo as obrigações de acionista controlador (estabelecidos no art. 117 da Lei das S.A.), o faça com vistas a atender ao interesse público que justificou a criação da sociedade” (EIZIRIK, Nelson. O estado como acionista controlador de companhias integrantes do mercado acionário – o “Caso Vale”. **questões de direito societário e mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.p. 34-58. p.54)

²⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Empresas Estatais. A participação privada nas empresas estatais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p.273 ss

privado detentor de participação relevante do capital social. Não há, em sua concepção, impedimento na lei do acionariado à eventual limitação do poder absoluto de controle acionário exercido pelo Estado, tratando-se ainda de solução necessária para viabilizar a convivência societária público privada.

Neste sentido afirma “não há impropriedade no reconhecimento, a sócios minoritários de empresa de economia mista, de direitos de que decorram de condicionamentos aos poderes do acionista estatal”²⁴². As sociedades mistas, muito embora tente alcançar objetivos de interesse público, uma vez submetendo-se à forma empresarial (sendo esta forma inerente ao conceito de sociedade de economia mista) “o Estado conscientemente opta por um modelo de organização em que, à diferença do autárquico, seus poderes de controle, conquanto existentes e necessários, serão condicionados à vista da necessidade que compõe seus interesses”²⁴³.

Hodiernamente, em reação ao tão usado modelo de dispersão dos minoritários privados, quando temia-se a polarização do poder, de fato tem-se admitido a participação efetiva e concentrada sócio privado, com constituição de um outro núcleo de poder, com participação financeira importante.

Entretanto, se o Estado, por sua vez, deixar totalmente de influir na entidade, ela não servirá mais como instrumento de ação administrativa, perderá o caráter de empresa estatal, portanto, extinguindo a personalidade governamental; é por conta disso que nesta hipótese seria necessária de autorização legislativa²⁴⁴. Todavia, se o Estado, “dentro das virtualidades própria na condição de acionista, realizar mudanças na estrutura social, sem deixar de estar presente na empresa, permanecendo o vínculo desta para com as políticas públicas que

²⁴² SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Empresas Estatais. A participação privada nas empresas estatais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p.273.

²⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Empresas Estatais. A participação privada nas empresas estatais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p.273.

²⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Empresas Estatais. A participação privada nas empresas estatais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p. 282

justificam sua existência, ela persistirá sendo uma empresa estatal”²⁴⁵, mantendo também personalidade governamental.

A garantia constitucional do art. 37, inc. XXI. A CF/88 determinou, no art. 37, inc. XXI, que as contratações administrativas devem ser antecedidas de licitação e que as condições ajustadas entre as partes devem ser preservadas ao longo da execução do contrato. Justamente por isso, todas as condições do negócio contempladas no ato convocatório da licitação devem ser respeitadas subsequentemente. O art. 3º da Lei nº 8.666 contempla, dentre outras determinações, a eficácia vinculante das condições previstas no edital. Essa determinação significa que a parte privada não pode liberar-se das obrigações assumidas. Mas também impõe a preservação de todas as vantagens e benefícios ali previstos.

6.2 FINALIDADE DO ACORDO DE ACIONISTA PARA O ESTADO

A sociedade anônima, em geral, aglutina pessoas físicas ou jurídicas com interesses distintos, seja apenas obter retorno financeiro para os investimentos, seja dirigir ativamente as atividades da companhia ou mesmo atender ao interesse da coletividade. Assim, faz-se imperioso alinhar esses distintos objetivos, preservando-se o interesse da própria Sociedade. O acordo de acionistas serve precipuamente como instrumento de composição de grupos²⁴⁶.

O acordo de acionistas, portanto, presta-se a disciplinar a conduta dos acionistas, estabelecendo, dentre outras importantes matérias, a compra e venda de ações, direito de preferência para aquisição destas ações e poder de controle, além da forma de condução dos negócios e a divisão dos resultados, e a forma de eleição

²⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Empresas Estatais. A participação privada nas empresas estatais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p. 282.

²⁴⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8.ed. rev., aum., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 356. No mesmo sentido: “[...] considerando a importância de tais pactos para a realidade societária atual, os acordos de acionistas servem, inúmeras vezes, para reger verdadeiras parcerias entre empresas, que amoldam necessidade de investimento com o regramento do controle compartilhado, em típica joint venture”. (RETTO, Marcel Gomes Bragança. Aspectos controvertidos dos acordos de acionistas – uma abordagem prática. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 13, n. 48, p. 115, abr./jun. 2010.).

dos administradores da companhia, com suas competências²⁴⁷ Para os minoritários uma das principais finalidades é congregar votos suficiente para atingir os percentuais mínimos previstos na norma para exercer certos direitos, como a eleição em separado de membro para os conselhos de administração e fiscal (art. 141 e art. 161 da Lei nº 6.404/76)²⁴⁸.

Os acionistas controladores, por sua vez, buscam valer-se do acordo de acionistas para exercer o controle de forma organizada ou congregar grupos, aumentando a concentração das decisões. Podem os acordos, ainda, ser utilizados para a “cooptação da minoria ativa pelo controlador, o qual, a fim de calar o acionista incômodo, poderá lhe oferecer algumas vantagens, inclusive cargos administrativos, em troca de sua integração na maioria”²⁴⁹.

Nas sociedades de economia mista, que como cediço, o controle deve estar necessariamente nas mãos do Estado, ainda assim é viável, através do acordo de acionistas, estipular normas de convivência²⁵⁰ entre os sócios que compõem o seu quadro social, de sorte que é atribuída certa liberdade ao administrador para dispor sobre a gestão das companhias de que o Estado participa.

7 CONCLUSÃO

²⁴⁷ BARBI FILHO, Celso. Acordos de Acionistas. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 51-52; e CARVALHOSA, Modesto. Acordo de Acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78. Os autores da Lei nº 6.404/76, Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, informam que o acordo de acionistas, “como alternativa à holding, (solução buscada por acionistas que pretendem o controle pré-constituído, mas que apresenta os inconvenientes da transferência definitiva das ações para outra sociedade) e ao acordo oculto e irresponsável (de eficácia duvidosa em grande número de casos), cumpre dar disciplina própria ao acordo de acionistas que, uma vez arquivado na sede da companhia e averbado nos registros ou nos títulos, é oponível a terceiros e tem execução específica. Trazido, pois, à publicidade (§ 5º do art. 118), esses acordos representam o ponto médio entre a holding e o acordo oculto, com as vantagens legítimas que ambos podem apresentar, e sem os inconvenientes para a companhia ou para os sócios, que também podem acarretar.”

²⁴⁸ (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A lei das S.A.: (pressupostos, elaboração e aplicação). Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 230). 155

²⁴⁹ JAEGER, Píer Gusto. L'assemblea. InchiestediDirittoComparato. v. 5-1, Padova, CEDAM, 1962, p. 656 apud CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. p. 78. 156 BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 8.ed. rev., aum., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 357

²⁵⁰ Márcia carla Pereira Ribeiro e Solange Afonso de Lima informam a existencia de discussão sobre a possibilidade de acordo de acionistas para sociedades de economia mista, tendo em vista que os interesses dessas sociedades ultrapassam os interesses particulares e voltam-se para ao interesse coletivo. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; LIMA, Solange Afonso de. Estado Empresário: Considerações sobre as Sociedades de Economia Mista. Revista de Direito Empresarial. Curitiba, Paraná, Brasil. v. 10, p. 35, jul./dez. 2008.

Conclui-se assim que:

- A atuação do Estado na esfera econômica assumiu proporções avantajadas na atualidade, desde a crise financeira que teve início em 2008, e a consequente necessidade de investimento do Estado na economia para tentar mantê-la aquecida. Constatou-se que historicamente esta não é a primeira vez que este fenômeno de intervenções do Estado no âmbito econômico acontece, se repetindo de tempos em tempos em um movimento pendular.
- A presença estatal no domínio econômico pode se tornar necessária em por razões conjunturais, numa quase unanimidade associada a crises financeiras agudas. Nessas ocasiões, o Estado é compelido a assumir atividades consideradas estratégicas para assegurar a continuidade de empresas privadas ameaçadas pela crise (que, em não sobrevivendo, podem causar um risco sistêmico) e assim prevenir a comoção social²⁵¹.
- No Brasil, especificamente, a figura da empresa estatal ganha ainda mais destaque em função da decisão política de utilizar a participação acionária do Estado para a consecução dos mais variados objetivos; produzindo seus efeitos em três ambientes distintos: (i) servir de técnica de organização jurídica para prestação descentralizada de serviços públicos, conforme critérios de conveniência e oportunidade administrativa; (ii) o segundo pode atuar em regime de monopólio, em um negócio lucrativo em setores estratégicos; (iii) funcionar como veículo da atividade econômica, sujeita à livre iniciativa e concorrência, quando houver relevante interesse nacional.
- Estabelecido então que, nessas hipóteses, o ativismo empresarial do Estado pode contribuir para implementar políticas públicas, almejando atender direitos fundamentais dos cidadãos, direcionando as atividades da iniciativa privada e, assim, alcançando objetivos prestigiados tanto de ordem econômica, quanto social.

²⁵¹ De fato, isto ocorreu no segundo semestre de 2008, diante dos problemas gerados pelo esfalescimento das economias globais. A situação grave tornou necessária a intervenção profunda e coordenada dos governos nacionais em suas economias para preservar o sistema de trocas e evitar um colapso da economia mundial. RÉBELO, Felipe Cesar José Matos. **Crise financeira de 2008: a intervenção do estado no domínio econômico**. Revista da SJRJ, Vol. 17, No 28 (2010).

- Pode-se definir sociedade de economia mista como pessoa jurídica cuja criação deverá ser autorizada por lei(mesmo que transformar uma sociedade pré-existente em companhia de economia mista);, como um instrumento de ação do Estado, possuindo personalidade de Direito Privado, mas que se submete a regras especiais, decorrentes de sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta e que possui como acionário das demais particular²⁵².
- Assim, por ser o controle inerente à participação do Poder Público nos empreendimentos sob a forma de sociedade de economia mista, não há como admitir a possibilidade de celebração de acordo de acionista que outorgue ao sócio particular poderes que possa colocar em risco o controle exercido pelo Poder Público sobre a companhia.
- Como dito, o controle pelo Estado é da essência das sociedades de economia mista, o que inviabiliza a divisão desse controle com o particular. A doutrina majoritária informa a necessidade do controle absoluto das sociedades de economia mista pelo Estado, para que esta seja capaz de conduzir suas atividades de forma a atingir seu objetivo: o interesse público, conforme diretriz do art. 238 da Lei nº 6.404 e da lei que autoriza a criação da sociedade de economia mista.
- Apesar de não constar expressamente em lei, é quase unânime o entendimento de que o legislador, quando menciona que o Estado deverá deter a maioria das ações com direito a voto, quis outorgar ao Estado o controle dessas sociedades. Contudo, a despeito de qualquer discussão acerca do controle, é preciso destacar que a celebração de acordos de acionistas pelo Poder Público, em associação com o particular, não é vedada, conforme já se destacou anteriormente.
- Isto, contudo, não quer dizer que o Estado esteja impedido de celebrar acordo de acionistas e regular a convivência societária ou estabelecer disposições estatutárias que confirmem direitos adicionais aos titulares de ações preferenciais, conforme fundamento constante do art. 18 da Lei nº 6.404/76.

²⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: M alheiros, 2005. p. 175.

- Ainda quando a sociedade anônima se configurar como uma sociedade de economia mista, trata-se de uma pessoa jurídica de direito privado. Cabe à Lei das S.A. disciplinar as relações jurídicas estabelecidas no âmbito das sociedades de economia mista. O Estado, na condição de acionista controlador, deve possuir liberdade volitiva de se obrigar perante a companhia e perante os demais acionistas, independentemente de autorização legislativa, sem que isso desvirtue a forma social adotada, desde que ainda esteja apto a agir em prol do art. 238 da LSA.
- Não se poderia afirmar que todo e qualquer direito de titularidade de uma pessoa pública adquiriria natureza de “público”. O Estado pode tornar-se titular de direitos de natureza privada, que não sofrem alteração do seu regime em vista dessa circunstância. Assim se passa porque o direito que seja dotado de “natureza” privada continua a manter essa característica, mesmo que a sua titularidade seja assumida por uma pessoa de direito público. O núcleo da questão reside não da incidência do direito público, mas na natureza privada – ou não – do direito em questão.
- Anote-se que a aquisição de direitos de natureza privada pelo Estado, em matéria societária, decorre diretamente da disciplina legislativa pertinente. Em vista da regra do art. 37, inc. XIX, da CF/88, é necessária uma autorização legislativa para o Estado participar de sociedade de economia mista (inclusive).
- O acordo de acionistas consiste num contrato firmado entre os sócios de uma companhia, destinado a disciplinar o seu relacionamento futuro no tocante ao exercício de direitos e poderes inerentes à sua condição.
- Conclui-se pela inviabilidade de duplicidade de regime jurídico, aplicando-se ao acordo de acionistas o regime de direito privado, salvo derrogações previstas constitucionalmente. Interpretação distinta conduziria a resultado indefensável. Se os direitos decorrentes de um acordo de acionista fossem qualificáveis como públicos ou privados em vista da qualidade do seu titular, ter-se-ia situação paradoxal. Então, o acordo de acionistas produziria tanto direitos de natureza pública como de natureza privada, de acordo com a

condição do seu titular. Essa tese é indefensável, pois não é juridicamente cabível que direitos de origem idêntica, com o mesmo conteúdo e a mesma disciplina jurídica sejam subordinados a qualificação (pública ou privada) distinta. Não é defensável que os direitos advindos do acordo de acionista para o sócio privado tenham natureza patrimonial privada e aqueles previstos em face do sócio público sejam considerados como não patrimoniais ou públicos.

- A relevância da questão da indisponibilidade do interesse público se examina, por isso, mediante um juízo de instrumentalidade da atividade administrativa concretamente realizada²⁵³. A indisponibilidade do interesse público não impede a alienação de bens, desde que essa operação seja adequada e necessária para produzir a satisfação dos valores últimos que norteiam a atividade estatal.

REFERÊNCIAS

ABBUD, Wassila Caleiro. Contratos da Administração entre os regimes de direito público e do direito privado. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013

²⁵³ Como a doutrina já afirmou, “Ao optar pela solução amigável, a Administração Pública não está necessariamente transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público.” ADILSON ABREU DALLARI. Viabilidade da transação entre o poder público e particular. *Revista Interesse Público*, ano4, n.13, jan./mar., 2002, p. 16.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. t.1, p.212 e 217-220

ALMEIDA, Edemar Fagundes de. A indústria do gás natural: fundamentos técnicos e econômicos. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A distinção entre “Público” e “Privado” aplicada aos contratos celebrados pela Administração. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013

ALLOSSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970.

AMORIM, Aline Zaed de. Conflito de acionista minoritário e majoritário em sociedade de economia mista. 2010. Artigo Científico (pós-graduação em direito) - Escola de Magistratura do Rio De Janeiro, Rio de Janeiro.

ANABTAWI, Iman; STOUT, Lynn A. **Fiduciary dutys for activists shareholders**.UCLA School of Law.Disponivelem: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1089606>. Acesso em: 01 mai. 2015

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, Celso Antônio. Natureza essencial da sociedade de economia mista e empresas públicas: consequências em seus regimes. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.159, jan./mar. 1985.

BARBI FILHO, Celso. *Acordos de Acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BELLINE, Nicola. The decline of State-owned enterprise and the new foundations of State-industry relationship. In: TONIELLI, Pier Angelo (Coord.). *The rise and fall of State-owned enterprise and the western World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 25-48

BERTOLDI, Marcelo M. **Acordo de Acionistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8.ed. rev., aum., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BORGES, Alice Gonzalez. O estatuto jurídico das empresas estatais na emenda constitucional n. 19/98. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar. v.1, jul./set. 1999,

BOZEC, Richard; BRETON, Gaétan; CÔTÉ, Louise. The performance of state-owned enterprises revisited. *Financial Accountability and Management*. Vol.18 p.383-407. Disponível em:

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=347133>. Acesso em: 24 nov. 2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em

<http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf170a181.htm>, acesso em: Acesso em: 24 nov. 2014

BRASIL. **Decreto n 84.128, de 29 de outubro de 1979.** Dispõe sobre o controle de recursos e dispêndios de empresas estatais e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D84128.htm>. Acesso em: 24 de nov. de 2014.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 24 de nov. de 2014.

BRASIL. **Lei nº 6.404,** de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 24 nov. 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.666,** de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 01 de mai. 2015

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>. Acesso em: 24 de nov. 2014

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.234-1-RJ – Proc. 29628 EMENT VOL-01800-01 PP-00023-1021. Requerente:

Governador Do Estado Do Rio De Janeiro. Requerido: Assembléia Legislativa Do Estado Do Rio De Janeiro: Min. Néri Da SILVEIRA. Brasília, DJ 15 set. 1995.
Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo8.htm>.
Acesso em: 01 mai. 2015

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de sociedades anônimas**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3

_____, Modesto. **Acordo de acionista**: homenagem a Celso Babi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Empresas públicas e sociedades de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.128, I a VIII abr./jun. 1997. p.1-26.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**. São Paulo: revista dos tribunais, 1970.

_____. Poder de controle na sociedade anônima. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, out./dez. 1974.

_____. Sociedade de economia mista transformada em sociedade anônima ordinária – inconstitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Pulo, nº 25, p. 61-68.,jan/mar. 1999

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997

CRUZ, Pedro Santos. Mecanismos de eficácia dos acordos de acionistas. 2008. Monografia (curso de graduação em direito) - Pontifícia Universidade Católica Do Rio De Janeiro, Rio de Janeiro.

DAIN, Sulamis. Empresa estatal e capitalismo contemporâneo: uma análise comparada. 1980. Tese (Doutorado em economia) – universidade estadual de campinas. Campinas

DEIRA, Jansen Amadeu do Carmo; MADEIRA, José Maria Pinheiro. Empresas Estatais – Situações Polêmicas e Atuais (Segunda e última parte). **Revista Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte: Fórum, ano 7, n. 78, ago. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. Ainda existem os chamados contratos administrativos?. *In*: Di Pietro, Maria Sylvia Zenella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito administrativo**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Do princípio da legalidade e do controle judicial diante da constitucionalização do direito administrativo. *In*: Di Pietro, Maria Sylvia Zenella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Inovações no direito administrativo. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, ano VI, 2005, nº 30, p 39-58

_____. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

EIZIRIK, Nelson. O estado como acionista controlador de companhias intergrantes do mercado acionário – o “Caso Vale”. **questões de direito societário e mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.p. 34-58.

ESTOURINHO, Maria João. **Fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**.Coimbra: Almedina, 1999.

FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FRANZONI, Diego. Nulidades no Direito Administrativo e no Direito Societário: um breve estudo comparativo. *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013

GALAMBOS, Luis; BAUMOL, William. Conclusion: ShumpeterReviseted.*In:* TONIELLI, Pier Angelo (Coord.). The rise and fall of State-owned enterprise and the western world. Cambridge: Cambridge university press, 2008.

_____;_____. State-owned enterprises in a hostile environment. *In:* TONIELLI, Pier Angelo (Coord.). The rise and fall of State-owned enterprise and the western world.Cambridge: Cambridge universitypress, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Parecer – acordo de acionistas. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais, Direito Público**, Belo Horizonte, v.1, nº 2, p.55-68, jul./dez.,1999.

GREGO-SANTOS, Bruno. Nivelamento *versus* igualdade: Aspectos subjetivo e objetivo do posicionamento da administração pública em relação ao particular. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013

HERMAM, Edward S. **Corporate control, corporate power**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

IANNIM, Octávio. **Estado de planejamento econômico no Brasil**. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES, José Luiz. Lei das S.A., v. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A lei das S.A.: (pressupostos, elaboração e aplicação). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

LIMA, Thiago Emmanuel Chaves de. **Aproximação do regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público ao das pessoas jurídicas de Direito Público**. Disponível em:

<<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/3667154>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

MALBBOTT, J.D. **the State and the Citizen: na introduction to political philosophy**. Londres: Hutchinson, 1965

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1949. T.1,

MERELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. 13. Ed. São Paulo: Revisora dos Tribunais, 1987. p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. **Revista Diálogo Jurídico (CAJ - Centro de Atualização Jurídica)**. nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-CELSO-ANTONIO-BANDEIRA-MELLO.pdf> Acesso em: 24 nov. 2014

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo e as empresas do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.160

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. State-owned enterprises in Brazil: history and lessons. Workshop on State-Owned Enterprises in the Development Process, Paris, 4 April 2014. OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) Conference Centre. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/ca/Workshop_SOEsDevelopmentProcess_Brazil.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2014.

NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Sociedade de economia mista e reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar. v.1, jul./set. 1999, p. 91-103.

PINHEIRO, Armando Castelar. A experiência brasileira de privatização: o que vem a seguir?(Novembro de 2000, Rio de Janeiro). Texto apresentado na Segunda Conferência Anual de Desenvolvimento Global, em Tóquio de 10 a 13 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Privatizacao/200011_5.html>. Acesso em: 24 nov. 2014.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O novo mercado da BOVESPA e o compromisso da sociedade de economia mista com práticas de boa governança corporativa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, nº 128, p.54-60, out./dez. 2002.

RETTO, Marcel Gomes Bragança. Aspectos controvertidos dos acordos de acionistas – uma abordagem prática. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 13, n. 48, p. 115, abr./jun. 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; LIMA, Solange Afonso de. Estado Empresário: Considerações sobre as Sociedades de Economia Mista. **Revista de Direito Empresarial**. Curitiba, Paraná, Brasil. v. 10, p. 35, jul./dez. 2008.

SIQUEIRA, Izes Augusta da Silva. Acordos de acionistas das sociedades de economia mista de capital aberto. 2012. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte.

STUBER. Walter Douglas. Natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação

Getúlio Vargas, v.150, jan./mar. 1982. p.18-34

SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Empresas Estatais. A participação privada nas empresas estatais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TÁCITO, Caio. Controle das empresas do Estado (públicas e mistas). **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, out./dez. 1974. p.33-36

VERÇOSA, Haraldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial – sociedade por ações**, v.3. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. As Garantias Ofertadas pela Administração Pública nas Parcerias Público-Privadas. . *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013