

**POR UM ESTATUTO JURÍDICO PARA AS
SOCIEDADES ESTATAIS QUE ATUAM NO MERCADO**

Marcia Carla Pereira Ribeiro e Rosangela do Socorro Alves

RESUMO

A Constituição Federal Brasileira prevê a edição de um estatuto jurídico geral para as sociedades estatais. Tal normativa deverá disciplinar as condições para a criação e conseqüente manutenção das sociedades estatais, fixando as diretrizes para a identificação do relevante interesse coletivo ou motivo de segurança nacional que justifica a sua existência. Em termos operacionais, a Lei geral poderá fixar as normas aplicáveis às contratações realizadas pela empresa no cumprimento de seu objeto, assim como a estrutura de gestão da sociedade, a fim de garantir a participação das minorias e de agentes que possam contribuir para a condução da empresa à obtenção dos resultados pretendidos. Por permitir a junção de capital e interesses públicos e privados, a sociedade de economia mista, em especial, deve ser pensada de forma a permitir a máxima eficiência na conciliação dos diversos interesses que se associam à prática empresarial estatal. Para tanto, os mecanismos de controle que incidirão sobre a empresa, necessitam da participação ativa dos gestores públicos, especialmente para a garantia da persecução da rota a que se destina o empreendimento. Os resultados econômicos e sociais devem ser ponderados na contabilização obrigatória da estatal, assim como definida a disciplina legal aplicável para a situação de grave crise econômica do empreendimento. O trabalho se propõe a, tendo por premissa o embasamento jurídico e científico, a experiência do direito comparado e a análise da realidade econômica, apresentar uma minuta de Lei Complementar aplicável às sociedades estatais, em cumprimento ao art. 173, §1.º da Constituição Federal.

Palavras-chave: Sociedades Estatais. Estatuto jurídico. Contratações. Administração. Controle.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	EMPRESAS ESTATAIS E SUJEIÇÃO AO ART. 173 DA CF	4
2.1	O ESTADO EMPRESÁRIO – CONTORNOS CONSTITUCIONAIS	4
2.2	ESTRUTURAS EMPRESARIAIS QUE SE SUJEITAM AO ESTATUTO JURÍDICO	6
2.2.1	As Sociedades de Economia Mista	6
2.2.2	As Empresas Públicas	8
2.2.3	As Subsidiárias e outras Empresas Controladas pelo Poder Público	9
2.3	SUBMISSÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO AO ESTATUTO JURÍDICO PREVISTO NO ARTIGO 173 DA CF	9
3	CONTEÚDO MÍNIMO DO ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS	11
3.1	SUJEIÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS AO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DAS EMPRESAS PRIVADAS, INCLUSIVE QUANTO AOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES CIVIS, COMERCIAIS, TRABALHISTAS E TRIBUTÁRIOS	11
3.2	FUNÇÃO SOCIAL E FORMAS DE FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO E PELA SOCIEDADE	12
4	LICITAÇÃO E CONTRATOS	16
4.1	COTEJO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS	16
4.2	CASO PETROBRÁS: REGULAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO	17
4.2.1	O Respeito aos Princípios Aplicáveis à Administração Pública e Hipóteses de Dispensa	18
4.2.2	Aditamentos ao Procedimento de Dispensa Estabelecido na Disciplina Geral das Licitações	19
4.2.3	A Derrogação do Princípio Licitatório e as Causas Gerais de Inexigibilidade	19
4.2.4	Aditamentos às Hipóteses de Inexigibilidade	19
4.2.5	Conclusões sobre o Procedimento Simplificado	20

4.3	RUPTURA CONTRATUAL E INTERESSE PÚBLICO: O CASO DO PRÉ-SAL	22
4.3.1	Efeitos Decorrentes da Ruptura das Condições do Contrato	23
4.3.2	Mudança no Regime de Exploração.....	24
4.3.3	Condições de Contratação a partir da Lei n.º 9.478/97 e Mecanismos Jurídicos para Adequação à Realidade do Pré-Sal	25
5	CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO, RESPONSABILIDADE DOS ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO E FISCALIZAÇÃO NA SOCIEDADE ESTATAL	30
5.1	A CONDIÇÃO DE CONTROLE NA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E A DIREÇÃO DA EMPRESA	30
5.2	FORMAÇÃO DOS ÓRGÃOS COLEGIADOS E REPRESENTAÇÃO MAJORITÁRIA E MINORITÁRIA – O CONDICIONANTE POLÍTICO	32
5.3	FIXAÇÃO DE MANDATOS.....	35
5.4	INSOLVÊNCIA E RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES.....	36
5.5	AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO	39
6	MINUTA DE ESTATUTO JURÍDICO PARA AS SOCIEDADES ESTATAIS QUE ATUAM NO MERCADO.....	40
6.1	MINUTA DE PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR.....	40
7	CONCLUSÕES	50
	REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O papel das sociedades estatais na atuação empresarial voltada à oferta de bens e serviço para o mercado é de tempos em tempos questionado pela doutrina, pelos Tribunais e pela consciência social. Diretamente relacionado à opção política vigente e ao grau de desenvolvimento das sociedades humanas, depende da fixação de parâmetros jurídicos para que se mantenha ativo e condizente com as expectativas.

O confronto da oferta pública e privada de bens e serviços – sejam eles de essência pública ou não – acentuou-se a partir dos anos noventa, em razão da retirada gradativa do agente público da esfera do econômico e restrição às situações de monopólio. Até mesmo monopólios tradicionais, como o do regime de exploração de petróleo, cederam aos atrativos do mercado e da potencialidade de otimização da produção e oferta, por meio da implementação de um regime concorrencial também na área de energia.

Quando o Estado se portava como agente exclusivo de oferta, ou ainda, quando optava por depender exclusivamente de investimentos públicos para financiamento da atividade a ser prestada, não se estabelecia de forma tão clara a necessidade de aceitação da sujeição do Estado-empresário, ao menos parcialmente, ao regime jurídico de direito privado. Por outro lado, o caráter híbrido do investimento, quando associado o público ao privado, não permite que o regime de direito comum seja aplicado de forma indistinta e ilimitada para as sociedades estatais que atuam economicamente.

Neste momento, muito peculiar, a economia mundial se ressentida do excesso de liberdade característico de determinadas organizações sociais e econômicas contemporâneas, causa de um abalo financeiro que se iniciou na América do Norte, mas que já produz seus efeitos em relação à maior parte das economias desenvolvidas e em desenvolvimento. A crise se instala sob as premissas de uma economia globalizada, os Estados se vêem chamados a intervir para suprir defeitos do liberalismo, o que significa investir centenas de bilhões em moeda a fim de garantir que a crise seja estancada e a normalidade volte a comandar as relações de mercado.

O Estado e o mercado vivem uma aproximação que não poderia ser cogitada pelo liberalismo, e, até mesmo nas mais sólidas sociedades não intervencionistas, cogita-se da compra de ações e oferta de subsídios diretamente relacionados à atividade financeira e empresarial.

As sociedades estatais, criadas como tal, ou nascidas da assunção de posições acionárias pelo Estado oferecem sua estrutura empresarial – de direito privado – a serviço de um interesse coletivo valorado como relevante ou essencial à busca do bem-estar social.

Mas, diferentemente de outros momentos históricos, a oferta pública, por meio da estrutura societária privada, se processará, no mais das vezes, em regime concorrencial, o que apenas reforça a necessidade de estabelecimento de diretrizes gerais para as sociedades estatais, prerrogativa autorizada pela Constituição Brasileira.

Uma Lei geral para as sociedades estatais que atuam no mercado deve ocupar-se, no mínimo, dos temas indicados nos incisos do § 1.º do art. 173 da Carta, o que implica dizer que deve versar sobre a função das estatais, sua forma de controle, sua administração – representativa dos diversos interesses que se relacionam à empresa – seus contratos, balanços e metas, diretamente dependentes do relevante interesse coletivo ou motivo de segurança nacional, indissociáveis do empreendimento estatal na economia.

O trabalho que se apresenta tem como primeira abordagem a definição subjetiva das sociedades estatais a quem se aplica o art. 173 da Constituição, as sociedades de economia mista, empresas públicas e as suas subsidiárias, desde que ofereçam sua atividade de produção de bens ou serviços em caráter concorrencial, ou seja, no mercado.

O segundo capítulo aborda alternativas aos procedimentos de contratação pública, a fim de oferecer-se às empresas públicas condições de competitividade com a iniciativa privada, assim como analisa a condição do Estado-contratante em relação aos contratos firmados no exercício da atividade econômica empresarial.

O terceiro, centra-se em considerações de direito societário, abordando a estrutura de gestão das empresas estatais, a composição de seus órgãos de direção superior, assim como traz algumas observações sobre os critérios de avaliação de desempenho das sociedades estatais.

Em seu último capítulo, o trabalho apresenta uma minuta de Lei complementar como uma forma de subsídio aos Poderes constituídos, a fim de sugerir alguns temas de disciplina que poderiam contribuir para a regulamentação do reconhecimento constitucional quanto à necessidade de estabelecimento de um Estatuto geral e próprio para as empresas estatais.

Os fundamentos que permeiam este estudo são: a supremacia do interesse público, representado pelo relevante interesse coletivo ou motivo de segurança nacional que justificam a existência da estatal; a atenção aos interesses dos minoritários, trabalhadores e da comunidade que se relacionam à atividade empresarial estatal; o respeito às normas de concorrência e à prevalência da vocação empresarial privada na atuação econômica; e as contingências da sociedade contemporânea, dos avanços tecnológicos e da crise financeira global.

2 EMPRESAS ESTATAIS E SUJEIÇÃO AO ART. 173 DA CF

2.1 O ESTADO EMPRESÁRIO – CONTORNOS CONSTITUCIONAIS

Por força dos princípios da livre iniciativa e da propriedade privada previstos na Carta Constitucional¹, as atividades de produção de bens e serviços para o mercado são desenvolvidas, prioritariamente, pelos particulares que, via de regra, exploram-nas por organizações econômicas chamadas empresas.

Excepcionalmente, admite-se que essa exploração seja executada pelo Estado, por meio de empresas estatais, o que constitui uma das formas de que se utiliza o Poder Público para intervir no domínio econômico. O artigo 173 da Constituição Federal de 1988 restringe ao Poder Público a exploração de atividades típicas do setor privado para as hipóteses de interesse geral e desde que o mercado, por meio das empresas privadas, não esteja apto a fazê-lo de forma adequada.

No entanto, impõe-se advertir que essa aptidão da empresa privada não pode ser inferida da simples existência de particulares operando no setor produtivo ou com possibilidade de nele operar. Ainda que a iniciativa privada esteja presente em determinado mercado, o Estado poderá dele participar desde que, sem a sua participação, sejam desatendidos os imperativos de segurança nacional e o relevante interesse coletivo (RIBEIRO, 1999, p.115).

Por essa razão, a problemática acerca dos limites dessa modalidade de intervenção estatal na economia centra-se, em verdade, na definição das situações fáticas que se enquadram nesses dois pressupostos constitucionais, mormente porque ambos apresentam conteúdos indeterminados. Daí, não se afigura possível indicar, *a priori*, todos os casos que podem ser compreendidos nos conceitos de imperativo da segurança nacional e relevante interesse coletivo, pois tal pretensão encontra limite na natural barreira da linguagem.

Reza a Constituição Federal (art. 173) que à lei cabe definir as situações que se enquadram nos pressupostos antes referidos. Diante da manifesta impossibilidade de o legislador exaurir todas as hipóteses que demandam a intervenção direta do Estado no mercado, essa legislação não poderá ir além de dispor sobre os critérios

¹ Cf. art. 170 *caput* e inciso II da Constituição Federal de 1988.

gerais para a identificação dos casuísmos passíveis de serem incluídos nos conceitos (SOUTO, 2003, p.86; FIGUEIREDO, 2003, p.112).

O artigo 173 *caput* não dispõe sobre a natureza da lei genérica que deve delinear os conceitos de imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo. Porém, impõe-se a adoção de lei complementar, pois é desta natureza a legislação que delimitará as áreas de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 37, XIX).

Todavia, o legislador infraconstitucional não é totalmente livre para definir o conteúdo desses pressupostos (FIGUEIREDO, 2003, p.112). A legitimação do Estado empresário para atuar na defesa do relevante interesse coletivo está diretamente associada à necessidade de sua intervenção para corrigir as falhas do mercado (CHIRILLO, 1995, p.75-76). Eventuais situações de crise internacional que possa colocar em risco o desempenho econômico geral da nação, como parece apontar a atual crise de se iniciou no mercado de operações financeiras nos Estados Unidos, também servem de justificativa para, com base no relevante interesse coletivo, convocar-se o Estado a atuar economicamente.

Quanto à segurança nacional, ainda que parte da doutrina a compreenda em sentido mais abrangente (LAZZARINI, 2003, p.140, em geral a doutrina atribui à *segurança nacional* mencionada no artigo 173 um sentido mais restrito, perfilhando o entendimento de que as atividades desenvolvidas pelo Estado sob esse fundamento correspondem à produção bélica voltada ao regular funcionamento e satisfatório aparelhamento das forças armadas (BASTOS, 1988, p.73; PEREIRA, 2001, p.53-54).

De qualquer modo, é preciso salientar, a atividade de mercado haverá que ser explorada pelo Estado em regime de competição com a iniciativa privada², vedada, assim, a instituição de monopólios estatais, além daqueles constitucionalmente previstos (COMPARATO, 1996, p.146; MELLO, 2003, p.639).

No entanto, é evidente a possibilidade de o Estado atuar sem concorrentes, quando, por exemplo, utiliza-se de uma de suas empresas para suprir a ausência de oferta de determinado produto ou serviço pela iniciativa privada. O que não se pode admitir, na verdade, é que o ente estatal reserve para si a exploração de determinada

² Esta exigência deflui não só do princípio da livre concorrência (art. 170, IV da CF/88) como também da liberdade econômica assegurada a particulares (art. 170, parágrafo único da CF/88).

atividade, impedindo, por via de norma infraconstitucional, a instalação da concorrência nesse setor.³

A respeito, o nexo que se estabelece entre o Poder Público e o princípio da livre concorrência deve ser focado sob três diferentes ângulos – o primeiro relativo à ação reguladora do Estado que, através de mecanismos legislativos⁴, intervém para corrigir os desvios concorrenciais do mercado; o segundo correspondente à ação estatal que, pela via empresarial, busca alcançar o mesmo objetivo; e o terceiro concernente ao dever que tem o Estado de respeitar o princípio da livre concorrência na sua própria atuação como empresário.

Nos dois primeiros casos o ente estatal age para assegurar o cumprimento da norma constitucional, ao passo que, no último, atua sob o influxo dela. Por conseguinte, pode-se afirmar que, de certo modo, o princípio da livre concorrência se apresenta também como um condicionamento à atuação empresarial do Estado na esfera econômica de mercado, decorrendo daí a impossibilidade de serem o imperativo da segurança nacional e o relevante interesse coletivo atendidos mediante a instituição de empresas estatais que operem em regime de monopólio.

2.2 ESTRUTURAS EMPRESARIAIS QUE SE SUJEITAM AO ESTATUTO JURÍDICO

Para explorar atividades econômicas o Estado pode se utilizar das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das suas respectivas subsidiárias, em conformidade com o artigo 173, § 1.º da Constituição de 1988.

2.2.1 As Sociedades de Economia Mista

Entre as formas empresariais colocadas à disposição dos entes públicos para a exploração de atividades econômicas, a sociedade de economia mista é a alternativa que se apresenta quando o Estado busca viabilizar o empreendimento pela conjugação dos capitais públicos e privados.

³ Em sentido contrário, admitindo a possibilidade de instituição de monopólios estatais por via de lei (GRAU, 2001, p.308).

⁴ Cf. Lei n.º 8.884/94.

Juridicamente, porém, não basta que o capital social apresente essa composição, sendo imperativo também a coexistência dos seguintes requisitos: a) autorização legal; b) interesse público ou coletivo como objeto da sociedade; c) constituição sob a forma de sociedade anônima; d) controle da empresa pelo Estado; e) a submissão ao regime próprio das empresas privadas.

Tais atributos são extraídos da sistemática do Decreto-lei n.º 200/67, principalmente do seu artigo 5.º, III que conceitua sociedade de economia mista como "entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da Administração Indireta", dependente de Lei autorizadora para sua criação, pelo disposto no art. 37, XIX da Constituição Federal.

A Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/76, LSA), por seu turno, não enuncia uma definição de sociedade de economia mista, mas traça as linhas básicas de sua estrutura e funcionamento, aplicáveis não só às empresas da União, mas igualmente às instituídas pelos demais entes federados (DI PIETRO, 2003, p.387).

Com efeito, a lei apenas **autoriza a criação** desses entes (DI PIETRO, 2003, p.370) uma vez que, por se sujeitarem às normas de direito privado, as sociedades de economia mista são criadas por seus atos constitutivos, adquirindo personalidade jurídica com a respectiva inscrição desses atos no registro público.⁵

A identidade da sociedade de economia mista está no seu objeto que deve exprimir o atendimento de uma necessidade maior, um interesse geral cuja efetividade dependerá da condução da pessoa jurídica de direito público, pelo exercício da gestão empresarial, em razão da potencialidade de conflito entre o interesse geral e o interesse privado dos acionistas particulares, consistente na obtenção de lucro.

Finalmente, a sociedade de economia mista somente pode adotar a forma de sociedade anônima, regendo-se pelas disposições específicas contidas nos artigos 235 a 241 da LSA. Como as sociedades anônimas em geral, independentemente de seu objeto, as entidades mistas serão sempre empresárias.

⁵ Cf. artigos 45 e 985 do novo Código Civil.

2.2.2 As Empresas Públicas

À semelhança das sociedades de economia mista, as empresas públicas são entes da Administração Pública indireta, criados mediante autorização legal, vocacionados à exploração de atividade econômica nas situações descritas no artigo 173 da Constituição Federal e sujeitos ao regime de direito privado, incidindo-lhes o mesmo regramento mencionado na seção antecedente.

No entanto, quanto à sua organização, difere da sociedade de economia mista. Enquanto esta somente pode revestir-se da forma da sociedade anônima, a empresa pública pode assumir qualquer forma societária ou até mesmo uma forma não-correspondente aos modelos societários preexistentes, para alguns autores esta faculdade cabe apenas à União (DI PIETRO, 2003, p.387), para outros atinge também as outras esferas de organização política (MEIRELLES, 1991, p.322).

Quanto à composição do seu capital, que, segundo a redação primitiva do artigo 5.º, inciso II do Decreto-lei n.º 200/67, deveria ser formado, *exclusivamente*, com recursos provenientes da União. Entretanto, o Decreto-lei n.º 900/69 mitigou o rigor dessa disposição, permitindo a participação dos outros entes políticos e de suas respectivas entidades da administração indireta, desde que mantida a maioria do capital votante com a pessoa jurídica de direito público.

Essa hipótese de composição do capital por recursos oriundos apenas de um ente público confere a perspectiva da instituição de uma unidade empresarial unipessoal, com personalidade jurídica própria, uma situação, de ordinário, não aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro.⁶

A despeito das diferenças quanto às suas formas de organização (FERREIRA, 1979, p.14) as espécies de empresa pública constituem novos sujeitos de direito, havendo, conforme uma separação entre o patrimônio geral do Estado empresário e o patrimônio próprio da empresa (MUNIZ, 1972, p.51).

⁶ O artigo 251 da LSA regula a "subsidiária integral", hipótese singular de unipessoalidade.

2.2.3 As Subsidiárias e outras Empresas Controladas pelo Poder Público

Apesar de mais comuns, as sociedades de economia mista e empresas públicas não são as únicas formas de que se utiliza o Estado para atuar empresarialmente na economia. Essa atuação pode se operar também por meio de sociedades controladas por essas entidades, ou seja, por meio das chamadas subsidiárias que podem ser autorizadas desde logo na Lei autorizadora de criação das estatais (BORBA, 2003, p.497).

2.3 SUBMISSÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO AO ESTATUTO JURÍDICO PREVISTO NO ARTIGO 173 DA CF

As considerações feitas nos tópicos anteriores permitem concluir que as disposições do artigo 173 da Constituição Federal dirigem-se às empresas públicas, sociedades de economia mista e/ou suas subsidiárias que exploram atividades econômicas típicas do setor privado, quando presentes os pressupostos do relevante interesse coletivo ou segurança nacional, e oferta no e para o mercado.

Em conseqüência, não se incluiriam, *a priori*, nessas disposições as empresas estatais prestadoras de serviço público, ou seja, aquelas que desenvolvem atividades que a própria Constituição Federal reserva ao Estado a exploração, diretamente ou por meio de delegatários, o que tornaria inaplicável, na hipótese, os regramentos do art. 173 (GRAU, 2001, p.135-140). Subsistiria, então, apenas a aplicabilidade de normas de direito público, não sendo possível, daí, cogitar-se da aplicação das regras de um estatuto jurídico que disponha sobre a sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

No entanto, não se pode perder de vista o fato de que o Estado brasileiro tem optado por delegar aos particulares a prestação de serviço público, introduzindo nessa delegação um elemento novo – **a concorrência** (SUNDFELD, 1999, p.161). Vive-se uma “mercantilização” do serviço público que, aliás, acompanha uma tendência já consolidada em outros países nos quais se propõe a substituição deste pelo conceito de serviços de interesse econômico geral (MOREIRA, 2003, p.239-241).

A evidente mudança de paradigma convida à reflexão sobre a aplicação do estatuto jurídico geral às empresas estatais prestadoras de serviço público, concluindo-se que as empresas públicas, sociedades de economia mista e/ou suas subsidiárias

que explorem serviços públicos delegados em regime concorrencial, devem se submeter às normas do estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1.º da Constituição Federal, até porque, conforme se verá na seqüência, além de assegurar a essas empresas estatais a flexibilidade necessária para concorrer com as empresas privadas, esta é a única forma de assegurar a justa e necessária competição.

3 CONTEÚDO MÍNIMO DO ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS

Após os breves apontamentos sobre a sujeição à disciplina do §1º do art. 173 da Constituição Federal, passa-se à análise do conteúdo do estatuto geral das empresas estatais.

3.1 SUJEIÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS AO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DAS EMPRESAS PRIVADAS, INCLUSIVE QUANTO AOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES CIVIS, COMERCIAIS, TRABALHISTAS E TRIBUTÁRIOS

Ao posicionar-se como agente econômico no mercado, explorando atividade econômica típica do setor privado (atividade econômica em sentido estrito) ou prestando serviço público que é delegado também a particulares para exploração em regime concorrencial, o Estado deve abdicar das prerrogativas que lhe são inerentes, colocando-se em posição de igualdade com os agentes privados que atuam nesse setor, sujeitando-se ao "regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários".⁷

Se bem que tal dispositivo remeta à elaboração do estatuto jurídico à lei futura (o trabalho cuidará de apresentar uma minuta para tal estatuto numa de suas partes), a submissão das empresas estatais que atuam na produção de mercado às normas de direito privado é cogente e imediata, não estando a sua aplicabilidade condicionada a qualquer atividade legislativa superveniente (BORBA, 2003, p.500). Aliás, considerando que, só excepcionalmente, admite-se a atuação estatal nesta seara e, ainda assim, em concorrência com a iniciativa privada, é válido supor que a redação constitucional apenas explicita a lógica finalística da ordem econômica constitucional, retirando do legislador qualquer possibilidade de estatuir, em lei ordinária, benefícios ou vantagens que coloquem o Estado empresário em posição privilegiada em relação aos agentes econômicos privados.

⁷ O estatuto jurídico também não poderá instituir, em favor das empresas estatais, "privilégios fiscais não extensivos" às empresas privadas (art. 173, § 2.º).

Logo, a vinculação ao regime jurídico privado diz respeito a um conteúdo mínimo que deverá ser previsto no estatuto jurídico das empresas estatais e não exatamente criado a partir da edição deste.

A equiparação da iniciativa pública ao regime da iniciativa privada, advirta-se, não tem o escopo único de proteger os particulares da concorrência desleal que seria instaurada caso o Estado pudesse utilizar suas prerrogativas e imunidades para atuar no sistema de empresa. Mais do que isso, o figurino privado é, geralmente, o principal atrativo para a criação das sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias. Quando opta pela forma empresarial, o Estado quase sempre o faz com o objetivo de liberar-se das amarras típicas do setor público de modo a alcançar a agilidade e a flexibilidade imprescindíveis para o bom êxito de sua atuação no sistema de mercado (DI PIETRO, 2003, p.385).

No entanto, há que se ponderar que a vinculação das empresas estatais ao regime privado não as iguala, em tudo e por tudo, às empresas privadas (MELLO, 2002, p.2) em razão das peculiaridades da própria disciplina constitucional, por exemplo, no que se refere à aplicabilidade de princípios próprios à Administração Pública, até porque subsiste a vinculação da entidade ao ente político que a instituiu e controla (BARROSO, 1998, p.310).

Certamente, é a imbricação de diferentes regimes jurídicos que, no mais das vezes, alimenta as controvérsias acerca do rol de atributos das empresas privadas que podem ser estendidos às empresas estatais. De modo especial, isto é o que se observa em relação à função social.

3.2 FUNÇÃO SOCIAL E FORMAS DE FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO E PELA SOCIEDADE

O artigo 173, § 1.º da Constituição Federal determina a obrigatoriedade de o estatuto jurídico dispor sobre a função social das empresas estatais. No entanto, cabe indagar: o cumprimento de uma função social, emoldurada nos imperativos da segurança nacional ou no relevante interesse coletivo, não seria já o pressuposto da atuação empresarial do Estado?

Parte da doutrina acredita que a finalidade pública é da essência da intervenção direta do Estado no domínio econômico e, em decorrência disso, a imputação expressa

do princípio sob exame às empresas estatais não opera qualquer inovação qualitativa substancial (GRAU, 2001, p.236).

Outra parte analisa essa função social por outras lentes, apregoando ao Estado que opere a sociedade de economia mista com vistas ao *interesse público primário*, qual seja, o *interesse da coletividade*, e não ao *interesse público secundário*, qual seja, o dos aparelhos estatais (CARVALHOSA, 2002, p.401).

Na verdade, imaginar que a simples consecução dos objetivos para os quais foram criadas as empresas estatais, por si só, seria suficiente para concretizar o princípio da função social, seria o mesmo que reduzir à inutilidade o dispositivo constitucional que prevê a sua inclusão no estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Assim, considerando que as normas jurídicas devem ser interpretadas de modo que se possa delas extrair a máxima efetividade (CANOTILHO, 2002, p.1.208), subentende-se que a função social referida no artigo 173, § 1.º, I da Constituição Federal se reporta a um dever concebido nos moldes daquele imposto às empresas privadas⁸, não se confundindo, portanto, com o interesse público mais amplo que justifica a criação da empresa estatal.

Em conseqüência, não basta ao Estado empresário perseguir o relevante interesse coletivo ou os imperativos da segurança nacional que o autorizaram a intervir diretamente no domínio econômico. À semelhança dos empreendimentos particulares, também as empresas estatais devem encaminhar a sua atividade no sentido de atender aos interesses imediatos dos empregados, dos acionistas privados, dos fornecedores, dos consumidores e da comunidade em geral, cabendo ao respectivo estatuto jurídico delinear as ações que devem ser encetadas nesse sentido.⁹

⁸ De acordo com Eros Grau, o princípio da função social exprime um comando ativo, impondo ao titular da empresa ou detentor do seu controle o dever de dirigir os negócios empresariais "em benefício de outrem e não, apenas, de *não exercer* em prejuízo de outrem" (GRAU, 2001,p.269).

⁹ Aliás, não é estranha à realidade das empresas estatais a adoção de medidas em prol do interesse coletivo para além do cumprimento das finalidades que orientaram a sua criação. Na linha das empresas privadas, muitas empresas do Estado desenvolvem projetos que se inserem do âmbito do que hoje se conhece como "responsabilidade social". Como exemplos dessas iniciativas podem ser citados: a) o Projeto "Luz das Letras", desenvolvido pela Copel – Cia. Paranaense de Energia Elétrica, que se concentra na "alfabetização de jovens e adultos"; b) o Projeto Sorrir, implementado pela Sanepar – Cia. de Saneamento do Paraná, tendo por foco "um tripé formado por Educação, Cidadania e Higiene Bucal" dirigido a "crianças da comunidade de baixa renda na faixa etária de 6 a 14 anos" (ALMEIDA; ALMEIDA, 2003, p.68-69 e p.102-103).

Necessário destacar que essa missão extraordinária da empresa estatal não é uma exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro.

Na União Européia, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2007 estabelece que

as empresas detidas pelo Estado devem cumprir a missão e os objectivos que lhes tenham sido determinados, de forma económica, financeira, social e ambientalmente eficiente, atendendo a parâmetros exigentes de qualidade, procurando salvaguardar e expandir a sua competitividade, com respeito pelos princípios de responsabilidade social, desenvolvimento sustentável, de serviço público e de satisfação das necessidades da colectividade que lhe hajam sido fixados (item II, *i*, 7 do anexo).

Prescreve, ainda, o mesmo texto normativo que as empresas estatais devem, ainda,

elaborar planos de actividades e orçamentos adequados aos recursos e fontes de financiamento disponíveis, tendo em conta o cumprimento das missões e objectivos de que estas empresas tenham sido incumbidas, bem como definir estratégias de sustentabilidade nos domínios económico, social e ambiental, identificando, para o efeito, os objectivos a atingir e explicitando os respectivos instrumentos de planeamento, execução e controlo (item II, *i*, 80 do anexo).

Por sinal, a forma de controle e fiscalização pelo Estado e pela sociedade do cumprimento da função social é outra questão que não pode ser olvidada na elaboração do estatuto jurídico das empresas estatais.

A respeito, a antes referida Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2007 dispõe que,

anualmente, cada empresa [estatal] deve informar os membros do Governo e, quando aplicável, os serviços e organismos da Administração Pública que exerçam o poder da tutela ou a função accionista, e o público em geral, do modo como foi prosseguida a sua missão, do grau de cumprimento dos seus objectivos, da forma como foi cumprida a política de responsabilidade social de desenvolvimento sustentável [...].

Trata-se, como se vê, de verdadeira prestação de contas periódica ao Poder Público e à sociedade que pode muito bem ser prevista no estatuto jurídico das empresas estatais brasileiras com vistas a viabilizar a fiscalização a que alude o texto constitucional.

Aliás, essa prestação de contas pode ser feita por meio do chamado *balanço social*, entendido este como “demonstrativo publicado anualmente pela empresa reunindo um conjunto de informações sobre os projetos, benefícios e ações sociais dirigidas aos empregados, investidores, analistas de mercado, acionistas e à comunidade”.¹⁰

Sobreleva notar que, embora o conceito de balanço social seja largamente difundido no setor empresarial privado, o número de empresas que adotam essa prática no Brasil é ainda bastante reduzido¹¹, por se tratar de uma iniciativa voluntária e, não, prevista em legislação.¹²

No campo das empresas estatais, a inclusão desse instrumento no estatuto jurídico é o meio adequado para tornar obrigatória a sua publicação e, assim, cumprir o que determina a Constituição. Também, a adoção de balanços especiais para a contabilidade empresarial comum e a contabilidade relativa a recursos públicos é de fundamental importância para esse controle, consoante se poderá observar mais adiante.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.balancosocial.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=2>>. Acesso em: 09 out. 2008.

¹¹ O Relato Setorial n.º 02 do BNDES, de março de 2000, apontava que, então, apenas 70 empresas no Brasil publicavam o seu balanço social.

¹² O Projeto de Lei n.º 3.116/97, apresentado inicialmente pelas então Deputadas Marta Suplicy, Sandra Starling e Maria Conceição Tavares criava a obrigatoriedade do balanço social para todas as empresas públicas e privadas com 100 ou mais empregados. Reapresentado pelo Deputado Paulo Rocha, agora sob n.º 32/99, encontra-se ainda em tramitação.

4 LICITAÇÃO E CONTRATOS

Na disciplina específica das sociedades estatais, a Constituição Federal prevê a possibilidade de ajustamento das normas relacionadas a licitações e contratos.

4.1 COTEJO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Ao mesmo tempo em que assegura a possibilidade de edição de um estatuto próprio a ser aplicado às sociedades estatais que atuam economicamente, o art. 173, § 1.º, III, no que se refere à licitação e contratos, condiciona o conteúdo das normas especiais ao respeito aos princípios da Administração Pública, concentrados especialmente na redação do art. 37 da Constituição Federal.

Tais princípios englobam conceitos como os de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O inciso XXI do mesmo art. 37, aponta a obrigatoriedade de adoção de processo de licitação pública, com ênfase na igualdade de tratamento e condições para os concorrentes, assim como higidez das propostas, ressalvados os casos especificados na legislação.

A Lei n.º 8.666/93 é o principal regulamento aplicável às contratações públicas e estabelece em seu art. 1.º sua incidência nas três esferas de poder, assim como em relação às entidades que integram a Administração Pública indireta controladas direta ou indiretamente pelas pessoas jurídicas de direito público interno, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista.

Na parte em que excetua a obrigatoriedade do processo de licitação, desde que exista ressalva legal, o inciso XXI do art. 37 pode suscitar duas interpretações, permanecendo, em qualquer delas, o dever de respeito aos princípios da Administração Pública.

Pode-se interpretar que a ressalva legal refira-se exclusivamente a determinadas situações específicas que, desde que previstas em lei, afastem a obrigatoriedade de licitação, como já aparece para as circunstâncias de inexigibilidade de dispensa de licitação na própria Lei n.º 8.666/93. Há como se entender também que, desde que atendidos os princípios da Administração Pública, os procedimentos de licitação e contratação sejam adaptados às necessidades reais de gestão de uma empresa estatal que atue economicamente, mediante estabelecimento no estatuto

próprio de procedimentos licitatórios e formulação de contratos voltados à compatibilização do resguardo dos recursos públicos às práticas de mercado.

Neste sentido e em atenção às suas peculiaridades, o estatuto jurídico das empresas estatais deverá estabelecer normas licitatórias mais simplificadas, de modo a conciliar a observância desse procedimento administrativo com o dinamismo exigido pelo mercado, sem deixar de observar, em qualquer caso, os princípios gerais da Administração Pública, principalmente a impessoalidade, a moralidade e a eficiência.

A fim de demonstrar contornos práticos que a adoção de uma normativa específica para as sociedades estatais que atuam no mercado pode assumir, será analisada a situação da empresa estatal Petrobrás – Petróleo Brasileiro S.A.

4.2 CASO PETROBRÁS: REGULAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO

A Lei n.º 9.478/97 disciplinou a política energética do país, assim como definiu as condições de monopólio da União e de exploração da atividade relacionada às fontes minerais de energia.

A pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro, assim como as atividades de importação e exportação dos seus produtos e derivados, são de titularidade da União, admitindo-se, porém, que o exercício de tais atividades seja transferido mediante contrato de concessão.

Foi também disciplinado nesta Lei o fim do monopólio da exploração antes detido pela Petrobrás, o que inevitavelmente conduziria a estatal, assim como conduziu, a adequar-se a um regime de competição com outras empresas do ramo e que pudessem se candidatar a uma relação de concessão com a União, em igualdade de condições.

Sem dúvida que a quebra do monopólio da Petrobrás exigiria por parte da empresa o enfrentamento de uma nova situação, agora de competição na exploração das fontes minerais de energia. Inegável ainda que o regime comum de licitações e contratos consagrado na Lei n.º 8.666/93 não se compatibiliza com situações de competição com agentes econômicos privados.

Para a empresa, os formalismos, prazos e limitações do sistema poderiam inviabilizar a efetivação de pelo menos um dos princípios expostos no art. 37 da Constituição – o princípio da eficiência.

Portanto, não foi por acidente que o art. 67 da Lei n.º 9478/97 previu a edição de um regulamento licitatório simplificado para ser aplicado à estatal. Esse regulamento foi aprovado por meio do Decreto n. 2745, de 24 de agosto de 1998 e a adoção da política licitatória nele prevista já enfrentou resistência nas vias administrativa e judicial. Os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal a respeito têm sido, até o momento, favoráveis ao processo simplificado instituído pelas referidas normas federais, sempre com fundamento na sujeição da atividade da empresa ao regime de competição,¹³ o que pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes, e, por via reflexa, reconhecimento que a insistência no sentido da aplicação da Lei de Licitações importaria um tratamento desigual e que retiraria a competitividade da empresa estatal que atua no mercado.

O procedimento licitatório simplificado da Petrobrás pode ser analisado sob três enfoques: a) o respeito aos princípios aplicáveis à Administração Pública e hipóteses de dispensa; b) aditamentos ao procedimento de dispensa estabelecido na disciplina geral das licitações; c) a derrogação do princípio licitatório e as causas gerais de inexigibilidade; d) aditamentos às hipóteses de inexigibilidade.

4.2.1 O Respeito aos Princípios Aplicáveis à Administração Pública e Hipóteses de Dispensa

O Regulamento adota princípios orçamentários que condicionam a realização da licitação (item 1.3 do Regulamento); a preponderância do interesse público na hipótese de revogação do certame e de resolução de pré-contratos (1.7 e 1.11.1); o princípio da isonomia (1.8); o princípio da economicidade, ou eficiência, (1.9); dispensa

¹³ BRASIL. Brasília. Mandado de Segurança n.º 25.888, rel. Ministro Gilmar Mendes. Acórdão n.º 39/2006. Decisão publicada no DJ de 29/03/2006, p.11 e BRASIL. Brasília. Mandado de Segurança ainda em tramitação no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 23 out. 2008 e BRASIL. Brasília. Apelação Civil em Medida Cautela n.º 1193. Rel Ministro Gilmar Mendes. Decisão publicada no DJ 29/05/2006. Decisão já transitada em julgado. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 22 out. 2008.

de licitação por urgência, licitação negativa, contratação de concessionário de serviço público, licitação anterior insatisfatória em razão de propostas abusivas dos licitantes, operações com empresas subsidiárias, para manutenção de condições de garantia, para remanescente de obra, para contratação de instituições brasileiras sem fins lucrativos voltadas à pesquisa e ações institucionais, para aquisições de hortifrutigrangeiros, gêneros perecíveis, bens e serviços para embarcações em trânsito (2.1).

4.2.2 Aditamentos ao Procedimento de Dispensa Estabelecido na Disciplina Geral das Licitações

O Regulamento admite negociações entabuladas por meios eletrônicos (1.10); restringe a contratação sem licitação em relação a subsidiárias e outras sociedades estatais a que não existam outras ofertas no mercado; admite a dispensa de licitação para compra de materiais e gêneros padronizados por órgãos oficiais; prevê a possibilidade de consulta a empresas do mercado que não tenham participado da licitação para fins de apuração do valor residual de obra (2.1.)

4.2.3 A Derrogação do Princípio Licitatório e as Causas Gerais de Inexigibilidade

O Regulamento adota, como o faz a lei geral, a inexigibilidade de licitação quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição inclusive para compra de bens fornecidos com exclusividade, para contratação de serviços técnicos decorrentes de notória especialização e para contratação de serviços de natureza artística (2.3).

4.2.4 Aditamentos às Hipóteses de Inexigibilidade

O Regulamento não condiciona a prova da exclusividade à obtenção de atestados específicos, exemplifica serviços de natureza singular, com destaque para a previsão de contratação de profissionais para atendimento de causas judiciais ou administrativas, em especial os negócios jurídicos atinentes a oportunidades de negócio, financiamentos, patrocínio, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por regras de direito privado em face das peculiaridades de mercado. Também para a contratação de serviços ou aquisição de bens em situações atípicas de mercado em

que a realização do procedimento licitatório contrarie o princípio da economicidade, transferência de tecnologia essencial, aquisição de bens imóveis determinados (que no regime comum representa hipótese de dispensa), para contratos associativos e de parceria, para comercialização – e operações conexas – dos produtos oriundos da exploração, inclusive operações bancárias e creditícias necessários à manutenção de participação da empresa no mercado, para contingências mercadológicas, para aquisição de bens e equipamentos destinados à pesquisa e desenvolvimento tecnológico aplicáveis às atividades da empresa.

4.2.5 Conclusões sobre o Procedimento Simplificado

A iniciativa da Petrobrás em disciplinar um procedimento especial para suas contratações, fazendo-o pela edição de um decreto, respaldado em autorização de Lei Federal, respeita as condições estabelecidas pela Constituição Federal, no art. 173, § 1.º e seu inciso III.

Afora a previsão de algumas situações de atualização da lei geral, com a disciplina de contratações vinculadas à tecnologia, simplificação de procedimentos e fixação de normas procedimentais relacionadas aos cadastros de potenciais ofertantes de bens ou serviços, o regulamento acentua exigências de tratamento distinto àquele imposto às contratações da Administração Pública em geral para situações de caráter tipicamente empresarial e privado, compatíveis com negociações inseridas num contexto de mercado. Aí está o diferencial consagrado pela regulamentação, que somente se justifica pela característica da Petrobrás de empresa que atua no mercado e que deve ter garantido para si o respeito a um princípio tipicamente econômico, como o é o da economicidade, e aos inafastáveis princípios característicos da atividade administrativa, como aqueles da moralidade e isonomia.

Observa-se, a partir do regulamento, que grande parte das contratações entabuladas pela empresa são dissociadas da licitação, por inexigibilidade – o que prescinde, inclusive, do procedimento de dispensa. E o são especialmente porque, a partir da quebra do monopólio da concessão de atividades relacionadas a petróleo e outras fontes, a empresa se viu na contingência de ter de competir –como regra– com outras empresas privadas para a obtenção de concessões estatais.

O Decreto ressalva da licitação a contratação de profissionais para atendimento de causas judiciais ou administrativas, em especial os negócios jurídicos atinentes a

oportunidades de negócio, financiamentos, patrocínio, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por regras de direito privado em face das peculiaridades de mercado. Abre margem para a contratação direta de profissionais especializados – devendo responder o administrador pela falta de observação do pressuposto da notória especialização – escolhidos a partir de sua bagagem de experiência e formação, da mesma forma como escolheria um administrador privado numa situação de normalidade. Em tais circunstâncias, a capacidade de escolha e a qualificação do administrador da estatal são elementos essenciais para o sucesso da contratação, feita a partir de um poder de escolha, dentre os profissionais disponíveis no mercado.

Também para a contratação de serviços ou aquisição de bens em situações atípicas de mercado em que a realização do procedimento licitatório contrarie o princípio da economicidade, transferência de tecnologia essencial, aquisição de bens imóveis determinados (que no regime comum representa hipótese de dispensa), para contratos associativos e de parceria, para comercialização – e operações conexas - dos produtos oriundos da exploração, inclusive operações bancárias e creditícias necessários à manutenção de participação da empresa no mercado, para contingências mercadológicas, para aquisição de bens e equipamentos destinados à pesquisa e desenvolvimento tecnológico aplicáveis às atividades da empresa, é considerada inexigível a licitação.

De forma geral pode-se observar que as principais e mais corriqueiras operações de contratação da Petrobrás estão excepcionadas do regime geral, especialmente contratos associativos e de comercialização. Negócios de índole empresarial e privada, ligados não ao vínculo da empresa com a autoridade pública, mas ao exercício de uma atividade econômica, inclusive com a possibilidade de competição no mercado com outras empresas especializadas.

Seria impossível ao legislador nominar as modalidades contratuais que estariam inseridas nas relações privadas (empresariais e contratuais) da estatal, daí o porquê da necessidade de promover-se uma abertura no sistema que poderia ser sintetizada pelo caráter preponderantemente privado das relações assim contraídas pela empresa. Aqui a estatal age claramente como pessoa jurídica de direito privado que é, e, mais ainda, num regime potencial de concorrência de mercado.

Sem que fosse consagrada uma maior liberdade nas contratações das sociedades estatais concorrenciais, a inviabilidade de sua manutenção certamente traria reflexos extremamente negativos para o desenvolvimento social, basta considerar

o papel de destaque histórico de certas sociedades estatais para o desenvolvimento nacional (RIBEIRO; ALVES, 2006, p.163-182), inclusive da Petrobrás.

A existência de capital público, por seu turno, exige que a referida liberdade seja acompanhada da possibilidade de punição eficiente dos infratores pelos excessos. Uma prevalência sobre do controle posterior sobre o apriorístico, desde que este controle tenha por base a situação peculiar que surge em face da existência de investimentos públicos.

Logo, a contrapartida ao regime especial de contratação de uma empresa estatal concorrencial deve sofrer duas ordens de punições. Uma, privada, pela deterioração dos resultados e perda de competitividade frente a outras empresas que atuem no mesmo mercado, o que também numa empresa privada comum conduziria ao afastamento do gestor e sua responsabilização pelos prejuízos eventualmente causados pela quebra dos deveres impostos aos administradores de sociedades. Outra, pública, pela invocação da responsabilidade civil e penal aplicável aos gestores públicos, quando se deve ter em conta a ainda maior gravidade dos atos abusivos em razão da titularidade patrimonial pública de parte dos bens investidos. E mais, uma potencialidade de responsabilização que atinja até mesmo a autoridade responsável pela indicação do gestor que atuou em desconformidade com as determinações legais e expectativas que tenham por padrão atos regulares, responsáveis e pautados nas melhores práticas de gestão empresarial.

O procedimento simplificado adotado pela Petrobrás justifica-se e é instrumento indispensável para uma empresa estatal que atua economicamente no mercado. Pode-se, no entanto, ir além, introduzindo-se até mesmo a idéia de criação de um estatuto próprio para as estatais em tais condições, unificando-se, parcialmente, e assegurando-se o direito à diferença, como será proposto em momento posterior deste trabalho.

4.3 RUPTURA CONTRATUAL E INTERESSE PÚBLICO: O CASO DO PRÉ-SAL

Outro aspecto relevante na análise das questões contratuais ligadas às sociedades estatais refere-se ao cotejo entre a estabilidade que se pretende pela utilização dos instrumentos contratuais e a possibilidade de sua desconsideração diante de imperativos relacionados ao interesse público, especialmente quando se está diante de uma alteração significativa nas condições de contratação.

4.3.1 Efeitos Decorrentes da Ruptura das Condições do Contrato

Nas sociedades de economia mista, a relativização dos efeitos de um pacto contratual necessariamente pressupõe que sejam considerados os impactos que a quebra da justa expectativa possa produzir em relação aos investidores privados.

Nas sociedades abertas que operam no mercado de valores mobiliários, o universo de agentes potencialmente atingidos por decisões unilaterais pautadas no interesse público se maximiza exponencialmente em razão da própria natureza da sociedade que permite captação de recursos de investimento na poupança pública.

Se é certo que o interesse público e com este as razões da Administração Pública deve prevalecer sobre os interesses privados, é certo também que a ruptura de vínculos formais perfeitos gera efeitos que crescem na mesma medida da existência de interesses privados justificados pela associação do capital público e privado na busca do resultado econômico pretendido.

Mesmo os sistemas jurídicos mais influenciados pela onda liberalizante característica dos anos 90 não lograram enquadrar as sociedades estatais exatamente nas mesmas condições aplicáveis às meramente privadas. Assim, na União Européia, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2007 recomenda aos Estados-membros a submissão das sociedades estatais às mesmas normas aplicáveis à iniciativa econômica privada, respeitando, porém, a limitação imposta pela necessidade de se assegurar o interesse relevante geral que orientou a sua criação. Vale dizer, a disciplina européia prestigia uma política de equiparação para todas as organizações de índole empresarial, mas garante a prevalência do interesse geral sobre qualquer outro interesse.

Logo, a disciplina aplicável aos contratos firmados para fins de exercício de uma atividade econômica, que tenha em um dos pólos uma pessoa jurídica de direito público e de outro uma pessoa jurídica de direito privado (inclusive uma sociedade de economia mista), quer derivem ou não de um contrato de concessão, estarão sujeitos às normas do direito comum que cedem apenas se em confronto com princípios inafastáveis do Direito Público. Portanto, um contrato regularmente constituído poderá ser demovido para a prevalência de um interesse geral coletivo, mas os interesses atingidos necessariamente deverão ser recompostos de forma a se prestigiar a força vinculativa dos contratos, instrumentos indispensáveis à mobilização de riqueza na sociedade.

Como o rompimento unilateral de contratos entre agentes privados também tem por efeito a necessidade de recondução da parte contrariada ao estado anterior, assim como deve lhe assegurar o adequado ressarcimento da justa expectativa inadequadamente frustrada, a grande diferença entre a contratação de agentes privados e os contratos administrativos está na liberdade de condução da manutenção ou não do pactuado, de forma soberana, pela pessoa jurídica de direito público. Em outras palavras, o agente que contrata com a Administração Pública não pode discutir o mérito da opção, assim como não poderá justificadamente recorrer ao Poder Judiciário para forçar o cumprimento do contrato, mas, terá direito à recomposição de sua situação jurídica modificada pela decisão de índole pública que contraria o vínculo constituído contratualmente.

4.3.2 Mudança no Regime de Exploração

A Lei n.º 9.478/97, ao regulamentar o monopólio da União sobre os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, estabelece que as atividades econômicas correlatas poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País. E mais, como já mencionado anteriormente neste trabalho, a Petrobrás deixou a condição de concessionária exclusiva para, a partir de então, ver-se na contingência de concorrer com outras empresas especializadas. Para a efetivação da mudança de regime, condicionada ao regular encerramento do contrato dos contratos de concessão em andamento naquele momento, foi necessária a fixação na Lei de normas de transição para o novo regime, assim como normas de ressarcimento relacionadas aos ativos da empresa Petrobrás, transferidos para o controlador, União Federal.

A empresa já ostentava em 1997 a condição de sociedade de economia mista, dotada por consequência, de autonomia patrimonial, gerida como uma empresa organizada sob forma societária, vale dizer, num regime patrimonial privado, pautado em investimentos, na hipótese analisada, públicos e privados, ostentando em seu quadro acionário um número expressivo de acionistas privados. Diante deste quadro, a mudança das regras incidentes sobre a exploração (em relação às quais não caberia qualquer insurgência dos acionistas privados ou da própria administração da empresa) fez surgir o direito da Petrobrás ser ressarcida pelas informações e dados relacionados às bacias sedimentares brasileiras, assim como sobre as atividades de pesquisa,

exploração e produção de petróleo ou gás natural, desenvolvidas em função da exclusividade do exercício do monopólio até a publicação da Lei n.º 9.478/97 (art. 22, § 1.º).

Conseqüentemente, a mudança da orientação quanto à exploração dos bens titulados de forma monopolística pela União Federal não poderia – e por isso foram feitas as salvaguardas – ignorar a existência de um regime de concessão diferenciado antes da abertura, assim como a natureza não estatal do investimento até então realizado pela Petrobrás nos trabalhos imprescindíveis à exploração das riquezas minerais. O conhecimento produzido pela estatal foi reconhecido e sua transferência seguida do pagamento de uma indenização, já que a exploração passaria a sujeitar-se a um compartilhamento, não sendo justo o repasse gratuito do *know how* fruto de investimentos empresariais anteriores da estatal.

A necessidade de mecanismos de compensação financeira para a absorção pelo Estado de patrimônio privado, mesmo quando decorrente de uma política pública na seara econômica faz parte da conduta administrativa imposta pelo estado de direito, podendo servir de mecanismo de aprimoramento das relações econômicas mediante incremento da concorrência.¹⁴

4.3.3 Condições de Contratação a partir da Lei n.º 9.478/97 e Mecanismos Jurídicos para Adequação à Realidade do Pré-Sal

O regime fixado pela Lei federal optou pela faculdade de autorização de concessões mediante exploração por conta e risco do concessionário, cuja remuneração dependeria do êxito do empreendimento na produção do petróleo ou gás natural em determinado bloco, “conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes” (art. 26).

A lógica do sistema pode ser defendida por ampla argumentação. Primeiramente, parte da premissa básica do risco e lucro que permeia toda sorte de atividade empresarial. Por outro lado, pelo sistema expressamente adotado, o

¹⁴ Na França há notícia de aquisição pelo poder concedente de patrimônio construído pela concessionária para fins de transferência a terceiros, com a finalidade de exploração de serviço público (DELION, 2003, p.213).

Estado teria para si garantida a desoneração em investimentos que possam ser atrativos ao capital privado, permitindo a aplicação dos recursos públicos – limitados em atividades – para as quais não exista a possibilidade de oferta privada, assim como para o custeio da máquina estatal.

Ainda, à prática da atividade empresarial associam-se importantes externalidades que precisam ser consideradas, especialmente por se tratar da exploração e aumento da oferta de fontes de energia indispensáveis ao desenvolvimento de outras atividades empresariais e que impactam diretamente na fixação dos preços. Portanto, quanto maior a possibilidade de especialização da empresa e acréscimo de sua produtividade, maior o raio de influência para o mercado nacional da oferta da energia produzida ou possibilidade pelo investimento e assunção de riscos privados.

Afora a natureza da atividade desempenhada, o porte das empresas que atuam na área, dentre elas a Petrobrás, sugere o volume de postos de trabalho que serão ofertados, assim como das receitas geradas, quer seja direta ou indiretamente pelas empresas concessionárias.¹⁵ Observe-se que, ao admitir-se que empresas potencialmente habilitadas à condição de concessionárias da exploração sejam sociedades de economia mista, a gama de externalidades positivas se alarga. Basta imaginar que a condução do empreendimento estará mais próximo do afinamento com as políticas macroeconômicas nacionais, e que o acesso aos cargos e funções gerados pelo empreendimento terá maior perspectiva de universalização, em razão da maior parte dos empregadores serem escolhidos mediante certames públicos para contratação. Daí se extrai pelo menos uma parcela da justificativa para a manutenção da Petrobrás na condição de empresa estatal e sua adequação aos requisitos para criação e manutenção de estatais estabelecidos no *caput* do art. 173 da Constituição Federal.

Pelo disposto no art. 26 da Lei do Petróleo, o concessionário arcaria com os riscos totais do empreendimento concedido em troca da incorporação dos resultados positivos. Esse o sistema adota pela Lei. No momento em que se divulga

¹⁵ 50.207 empregados em dez/2007 – fonte: http://www2.petrobras.com.br/pt-br/empregos/pdf/efetivo_2007.pdf - Receita líquida em 2007: R\$ 170.578.000,00; Lucro líquido em 2007: R\$ 21.512.000,00; número de acionistas em 2007: 272.952 – fonte: http://www2.petrobras.com.br/pt-br/ads/ads_Petrobras.html

a descoberta de fontes de energia expressivas a partir de certa profundidade na costa, a perspectiva de acréscimo na produção de petróleo e de mudança da posição brasileira no mercado mundial de combustíveis, surge também uma tendência, especialmente a partir das estruturas políticas, de alteração das regras estabelecidas pela Lei Federal mencionada para retirar da concessionária a garantia de titularidade sobre a produção. A postura anunciada não pode estar imune a algumas considerações de ordem jurídica.

As condições da concessão no que se refere a risco e remuneração foram pactuadas na vigência de Lei e as condições então estabelecidas não serão modificadas, mesmo se houver uma reforma posterior da normativa aplicável. O contrato firmado e suas condições enquadram-se na noção de ato jurídico perfeito, garantido constitucionalmente (art. 5.º, inc. XXXVI da CF/88). Novas concessões, estas sim estarão sujeitas ao novo regime jurídico, se confirmada a alteração nas condições de contratação.

A Lei do Petróleo prevê em seu art. 28 quais as hipóteses de extinção das concessões, enumerando-as: I - pelo vencimento do prazo contratual; II - por acordo entre as partes; III - pelos motivos de rescisão previstos em contrato; IV - ao término da fase de exploração, sem que tenha sido feita qualquer descoberta comercial, conforme definido no contrato; V - no decorrer da fase de exploração, se o concessionário exercer a opção de desistência e de devolução das áreas em que, a seu critério, não se justifiquem investimentos em desenvolvimento.

Portanto, a concessão das explorações efetuadas pela Petrobrás encontra as hipóteses de extinção descritas na Lei, e, ao que parece, não estavam vinculadas a limites de titularidade sobre a produção, já que a meta sempre fora o acréscimo destes e não se tornar um obstáculo aos melhores resultados pela cominação da perda da titularidade sobre a produção a partir de certos patamares. Existe a hipótese de acordo entre as partes. Como a Petrobrás é uma sociedade de economia mista, o controle societário é exercido pelo próprio Estado, o que poderia nortear uma decisão no sentido da extinção dos contratos em andamento que tenham resultado na descoberta de minerais no pré-sal.

No entanto, em razão do caráter empresarial da estatal e, especialmente, pela existência de capital não-estatal (que prevalece ao se considerar as ações com ou sem direito a voto tituladas por terceiros), uma deliberação pela extinção pura e simples dos contratos em andamento poderia facilmente ser contestada pelos

demais acionistas, gerando um passivo para a empresa e reflexos imediatos no mercado de investimento, por caracterizar nítida situação de abuso (art. 117 LSA), coibido no exercício do poder de voto do controlador.¹⁶

Logo, qualquer alteração das condições do contrato firmado dependeria da fixação de mecanismos de ressarcimento da concessionária que tenham como parâmetro os termos do contrato, as despesas realizadas e as expectativas associadas a uma situação de normalidade na exploração antes da mudança de rumo provocada pelas novas descobertas, agora tornadas de conhecimento geral, nas camadas profundas do solo abaixo do nível do mar. A estatal arcou com os custos de pesquisas e os valores despendidos não podem ser deixados de lado em tal situação de potencial rompimento do contrato.

Outro fato a ser considerado quando da tomada de decisão está relacionado ao planejamento no que se refere aos futuros investimentos indispensáveis para que se obtenha a tecnologia voltada para a extração almejada, com base nos custos que se farão necessários, as fontes de custeio, expectativa de retorno e outros. Mantida a exploração na alçada societária, os mecanismos jurídicos característicos desta forma de organização certamente facilitarão a tarefa da capitalização necessária à viabilidade da extração do minério. Basta lembrar dos valores mobiliários que podem ser emitidos e negociados pelas sociedades anônimas com tal finalidade. A emissão de debêntures não conversíveis em ações, na condição de títulos representativos de mútuos assumidos pelos investidores em benefício da empresa, ou de bônus de subscrição para novas ações, exemplificam as prerrogativas procedimentais na administração de uma sociedade estatal. Logicamente que se tais emissões forem

¹⁶ A turbulência do mercado que hoje se alastra de maneira inédita em razão da falha do sistema de investimentos em unidades habitacionais no mercado norte-americano e a quebra de grandes agentes financeiros no mundo todo, exemplificam a espiral de efeitos que a ruptura de um sistema de equilíbrio instável relacionado ao mercado de investimentos pode causar. Países no mundo todo estão tomando suas medidas para minimizar os impactos da ruptura, de forma a controlar os efeitos produzidos nos mercados internos, a custos de imensos aportes de capital público. Não há como os mercados comandados pela atividade produzida por agentes privados e sustentadas na equação risco/lucro serem indiferentes à ruptura de quadros que favoreçam a aplicação de recursos privados em atividades econômicas necessárias ou indispensáveis às sociedades humanas. Conclui-se: a instabilidade nos mercados é um ambiente a ser evitado e contornado para que se retome o crescimento econômico e, portanto, social dos países.

acompanhadas de um nível de respeitabilidade em relação à empresa emissora e de estabilidade política e jurídica do país sede, potencializa-se os efeitos positivos da capitação.

Tome-se em consideração que os investimentos aqui mencionados pressupõem altíssimos custos e especialização técnica muito mais próxima da experiência privada do que da natureza dos investimentos públicos típicos, e, portanto, destituídos de índole empresarial.

A criação de uma outra estatal para gerenciar a divisão da exploração dos recursos, retirando-a da Petrobrás, empresa que possibilitou o acesso a tais recursos potenciais, não parece ser a solução única e nem mesmo a mais satisfatória. Primeiramente porque ter-se-ia que administrar a ruptura de contratos válidos e em vigência – e os ônus daí de correntes –; depois porque teria por consequência uma extensão da rede de gerenciadores dos recursos, o que significa novas despesas, novas organizações burocráticas a serem transportadas no gerenciamento de uma atividade de exploração econômica que será, em última análise, devolvida para a exploração privada (retirada, em tese, da Petrobrás).

Se confirmada a necessidade de repactuação das condições do contrato firmado com a Petrobrás em razão da exploração das descobertas no pré-sal, desde que comprovada a viabilidade de sua exploração econômica, o direito e a economia poderão oferecer soluções mais eficientes do que a ruptura pura e simples dos contratos de concessão ou a criação de outra sociedade estatal que certamente levarão em conta hipóteses de: 1. Renegociação dos contratos de concessão em andamento que assegure o ressarcimento da concessionária responsável pelos investimentos de pesquisa e prospecção; 2. Opção pela estrutura mais eficiente da capitação de recursos para o financiamento necessário até a efetiva extração; 3. Estabelecimento de política fiscal compensatória para o Estado, de forma a maximizar o proveito social derivado da exploração de recursos naturais que podem beneficiar políticas públicas prioritárias sem afetar a estabilidade das relações contratuais e societárias legalmente firmadas.

5 CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO, RESPONSABILIDADE DOS ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO E FISCALIZAÇÃO NA SOCIEDADE ESTATAL

As estatais que operam no exercício de atividade econômica para o mercado devem adequar-se aos princípios de Direito Societário que disciplinam a matéria de forma geral, assim como enquadrar-se em normas específicas de direito administrativo, como decorrência da existência do investimento público.

O inciso IV do § 1.º do art. 173, faz referência à participação dos acionistas minoritários na sua gestão. Vale dizer, dirige-se de forma específica às sociedades estatais nas quais a pessoa jurídica de direito público compartilha a posição acionária com outros investidores públicos e privados. Esta monografia voltar-se-á agora, especialmente, para a hipótese em que o empreendimento assume a forma de sociedade de economia mista.

5.1 A CONDIÇÃO DE CONTROLE NA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E A DIREÇÃO DA EMPRESA

A sociedade de economia mista se caracteriza, como visto, pela existência de acionistas privados que se associam à pessoa jurídica de direito público responsável pela constituição da sociedade ou que venha a assumir o seu controle. Conta, necessariamente, com a pessoa jurídica de direito público na condição de controladora.

Controlador, a partir da definição do art. 116 da Lei das Sociedades Anônimas, é o titular de ações que lhe asseguram de modo permanente o poder de eleger a maior parte dos administradores e de conduzir os negócios da companhia, condicionado ao efetivo exercício deste poder de condução. Todo controlador, por outro lado, tem o dever de conduzir os negócios de forma a garantir a maximização dos interesses da sociedade, de todos os seus acionistas, assim como dos trabalhadores e da comunidade onde a sociedade opera.

Na sociedade de economia mista, segundo expresso no art. 238 da LSA, o controlador poderá conduzir a companhia tomando as decisões de forma a privilegiar o interesse público que motivou a sua criação.

Existe uma evidente antinomia entre as duas previsões: a de caráter geral que estabelece os deveres do controlador em relação a diversos interesses e a de

caráter especial, centrada na administração que privilegie o relevante interesse público ou motivo de segurança nacional que motivam a natureza estatal da organização.

Tal cotejo de orientação limitadora da condução empresarial a ser implementada pelo controlador sugere-se pela Lei, assim como aparece na realidade administrativa da estatal, expressando-se na tomada de decisões por parte do controlador e dos administradores que necessariamente levarão em consideração questões políticas e de macroeconomia que podem confrontar com os interesses dos acionistas minoritários.

Além do exercício direto de poder de controle, a condução dos negócios da empresa transparece quando da nomeação dos profissionais que responderão pela composição dos órgãos de direção da empresa: diretoria e conselho de administração.

A orientação que será dada com vistas ao desenvolvimento da atividade empresarial estará diretamente relacionada à escolha quanto à política de investimento. Se a idéia é privilegiar o investimento privado, a condução da empresa deve ser condizente com os princípios societários que asseguram o direito dos acionistas investidores e minoritários. Não haverá investimento sem que os potenciais investidores considerem satisfeitos os requisitos de previsibilidade e lucratividade que motivam a aplicação das poupanças particulares no investimento empresarial, neste caso aliado ao capital público que não se volta necessariamente à obtenção do lucro, mas, repita-se, ao relevante interesse coletivo ou motivo de segurança nacional que justificou a opção pela sociedade estatal.

Uma sistemática que assegure um poder absoluto ao controlador não se presta, em princípio, ao estímulo de chamativa de investimento privado para financiamento da atividade relevante pretendida. Logo, a formatação societária e a decisão política de maior ou menor autonomia da gestão da empresa refletirão no efetivo comprometimento do capital privado. Ainda mais quando se considera que a sociedade humana já esteja num patamar de organização que não se visualize a expectativa de obtenção de benefícios ilícitos em contratação ou vantagens indevidas que se abrissem em relação à sociedade estatal, o que justificaria um eventual investimento atípico, dissociado das premissas normais que acompanham a normalidade das situações similares.

Em tal conformação, o investimento privado somente pode encontrar sua justificativa na atratividade econômica do empreendimento, o que permitiria a associação do interesse público que conduziu ao empreendimento e o capital privado alocado

pelos acionistas com a finalidade de gerar lucro para os investidores privados e o cumprimento da função para o Estado.

Em países de tradição intervencionista como o Brasil, deve-se somar ao interesse ordinário comum do investidor também a cultura de confiança na garantia fornecida pela simples participação da pessoa jurídica de direito público e da pressuposta condição de solvência incondicional, que funciona como um motivador adicional.

5.2 FORMAÇÃO DOS ÓRGÃOS COLEGIADOS E REPRESENTAÇÃO MAJORITÁRIA E MINORITÁRIA – O CONDICIONANTE POLÍTICO

A estrutura administrativa apresentada pela LSA pode ser unicameral ou bicameral. Ou seja, no segundo modelo há a previsão de dois órgãos que conduzirão a administração da empresa. Um de caráter obrigatório e pautado em aspectos técnicos – por admitir acionistas e não acionistas em sua composição- é a diretoria. O outro, obrigatório nas companhias abertas e nas sociedades de economia mista, será necessariamente composto por acionistas e deve, em princípio, funcionar como mecanismo de reserva de poder dos acionistas, o conselho de administração. Tal estrutura tem certamente o mérito de tentar conciliar as potencialidades do exercício profissional de gestão de uma empresa, mediante alocação de profissionais especializados, com a preservação dos interesses dos acionistas, representados pelos conselheiros eleitos para comporem o conselho de administração.

Os diretores serão eleitos pela assembléia geral ou pelo conselho de administração, se existente, e serão, no mínimo, dois. O conselho de administração, que será integrado por no mínimo três eleitos pela assembléia geral, pode ter sua composição permeada por representantes dos acionistas preferencialistas e ordinaristas minoritários, garantindo-se, no entanto, sempre a prevalência numérica de representantes do controlador (art. 141, § 4.º da LSA). Há ainda, a possibilidade dos estatutos garantirem a participação de representação dos trabalhadores (art. 140, parágrafo único da LSA).

Nas sociedades estatais, a indicação dos administradores normalmente é relegada às autoridades do poder executivo, e a possibilidade de estabelecimento de acordos societários para compartilhamento de poder já foi questionada inclusive

perante o poder judiciário¹⁷, uma vez que o controle da sociedade estatal precisa necessariamente ser preservado em mãos da pessoa jurídica de direito público.

Na estrutura administrativa das sociedades estatais, especialmente em sua condição de economia mista, a representação dos diversos interesses que co-existem, assume uma conotação especial.

Primeiramente porque os critérios de escolha da composição da diretoria e do conselho de administração às vezes, na atualidade, se afastam do perfil teórico, vale dizer, nem a diretoria será necessariamente composta por profissionais, nem o conselho da administração integrado por quem represente o interesse dos acionistas. Ora, o acionista controlador é o Estado, e a identificação do interesse estatal aproxima-o bastante de outros de natureza política ou representativa de grupos de poder, tornando complexa a tarefa de valoração das diferentes expressões de interesses que coabitam numa organização. É notória a prática, por exemplo, de divisão dos cargos de gestão de uma estatal entre partidos políticos ou beneficiados que se sentem atraídos pela remuneração admitida para o cargo ocupado.

Evidentemente que a profissionalização da gestão da estatal é um importante elemento na composição dos índices de confiabilidade das organizações para investidores privados nas sociedades privadas e nas estatais.

Há sistemas que operam de forma diferenciada na indicação legal da composição dos órgãos de gestão de uma sociedade de economia mista.

As sociedades de economia mista locais, na França, por exemplo, têm por garantido assentos às coletividades locais que compuseram o seu capital social, até o limite de 18 membros. Há igualmente cadeiras a serem preenchidas por representantes dos acionistas privados (REGNAULT-MOUTIER, 2006, p.290). A sistemática da Lei Francesa permite que representantes eleitos das comunidades integrem os órgãos de gestão das sociedades de economia mista locais, independentemente de eleição em assembléia, e como decorrência de seu mandato eletivo na referida comunidade.

¹⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 3016. Dominó Holdings S/A x Estado do Paraná. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 21 de outubro de 2008. Disponível em: <www.stj.pr.gov.br>. Acesso em: 24 out. 2000. Também: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Civil n.º 000.199.781-6/00. Southern Electric Brasil Participações x Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Garcia Leão. Belo Horizonte, 07 de agosto de 2001. Disponível em: <www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 21 out. 2008.

Seria a previsão da lei uma afronta aos princípios societários gerais que garantem a eleição dos gestores, seja por intermédio de votação em assembléia, seja por deliberação do conselho de administração? Entende-se que não, uma vez que o direito societário admite, por exemplo, o estabelecimento de normas de indicação de gestores por acordo de acionistas, o que torna a indicação em assembléia uma mera formalidade.

A própria exigência da lei brasileira no sentido do conselheiro de administração ser, necessariamente, também acionista tem sido contornada pelo expediente de atribuição provisória de titularidade de ação àquele escolhido para ocupar o cargo. Também os princípios de governança corporativa apontam para a conveniência de nomeação de um certo número de conselheiros independentes – independência em relação aos grupos de interesse que se formam no interior de uma sociedade – sem que se possa deles exigir que ostentem condição de sócio ou uma livre escolha em assembléia.

Portanto, a composição dos cargos de gestão, especialmente de assento no conselho, dissocia-se de um modelo democrático tradicional, de livre escolha da assembléia de acionistas, para conformar-se a uma realidade de coexistência de interesses diversos e diversas fontes de poder no centro da organização societária. Realidade que exige cautela no estabelecimento das regras para ocupação dos cargos de gestão de uma empresa e que deve estar inspirada num sistema de harmonização de interesses identificáveis, cujo conflito não deve contrariar as premissas maiores que alocam na sociedade anônima responsabilidade pela satisfação dos interesses da sociedade, dos acionistas, dos trabalhadores e da comunidade em que está inserida.

Ora, se trabalhadores e comunidade tem interesses não negligenciáveis associados à atividade empresarial organizada de forma societária, sua representação será muito mais eficaz mediante o assegurar do direito de eleição de representantes na gestão da empresa.

Numa sociedade de economia mista, como visto, há o interesse público que motivou a sua criação, além do interesse dos demais acionistas e investidores, trabalhadores e comunidade. Como administrar e tornar efetivos tais interesses é um problema a ser enfrentado por uma lei especial voltada às sociedades estatais.

A garantia de representação heterônoma, como dito, inclusive das representações das minorias e empregados pode modificar o perfil administrativo, tanto

pela garantia efetiva de atenção à representação do interesse dos acionistas privados e minoritários, como também do interesse geral que motivou a criação da sociedade.

Já a direção da empresa, esta deve em muito afastar-se de qualquer critério de nomeação que não seja o estritamente técnico. Pensando-se especialmente nas empresas estatais que atuam em atividades de mercado e em nível concorrencial esta é uma premissa não só de sobrevivência da empresa, como de estímulo ao investimento privado.

O condicionante político e a garantia de harmonização de condução do empreendimento em relação à macroeconomia devem limitar-se à indicação de assentos no conselho de administração e no estabelecimento dos planos de gestão empresarial, estes sempre dependentes de uma atuação direta do controlador, no caso do Estado, da autoridade administrativa diretamente vinculada à natureza da atividade que é objeto da empresa.

Existe na experiência francesa, a possibilidade da autoridade local vetar negócios que venham a comprometer os orçamentos públicos (DELION, 2003, p.227). Tal prerrogativa é prevista de forma a tentar assegurar o equilíbrio entre o interesse societário de dispor de mais capital público e a capacidade de investimento da pessoa jurídica de direito público. Há, por outro lado, também a possibilidade dos acionistas privados disporem de poder de veto, estabelecido no estatuto da empresa, para determinadas matérias (REGNAUT-MOUTIER, 2006, p.294). Este confronto de poderes de veto pode auxiliar no equilíbrio almejado para a administração da sociedade de economia mista, sem, contudo, lançar-se mão da nomeação direta de autoridades públicas para cargos de função executiva na sociedade de economia mista, permitindo que tais atribuições sejam gerenciadas por profissionais da área.

Uma adequada previsão de ocupação de cadeiras no conselho de administração, somada ao estabelecimento de poderes de veto em matérias específicas e que razoavelmente coexistam com a liberdade dos gestores profissionais, podem servir de mecanismos auxiliares na busca do modelo ideal de gestão de uma estatal.

5.3 FIXAÇÃO DE MANDATOS

A LSA prevê que o mandato dos administradores será de três anos, permitida a re-eleição, cabendo ao estatuto fixar o prazo.

Uma peculiaridade nas sociedades estatais apareceria na eventualidade da existência de integrantes do conselho de administração que representassem os trabalhadores, as minorias e a coletividade.

Quanto aos trabalhadores, a condição de representação ao mesmo tempo em que se deve fazer acompanhar de um distanciamento quanto aos interesses meramente do grupo representado em relação aos interesses sociais – observar que a LSA estabelece em seu art. 154 os deveres dos representantes eleitos por classes de acionistas ou grupos de interesse- de forma a permitir a separação entre uma conduta de índole sindical e aquela de um administrador que considera diferentes interesses compartilhados na gestão de uma empresa, deve condicionar-se à manutenção da condição de empregado.

A minuta de estatuto geral que será apresentada neste trabalho disciplinará as formas de afastamento dos administradores.

5.4 INSOLVÊNCIA E RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

No regime de Direito Comum a insolvência de uma sociedade que desenvolva atividade empresária poderá conduzir aos regimes previstos na Lei n.º 11.101/2005 (LRE), pela adoção de uma das formas de recuperação da empresa ou decretação da falência.

As empresas públicas e sociedades de economia mista são expressamente excluídas do regime da Lei n.º 11.101, por força da previsão do art. 2.º, I.

Os administradores e controladores das organizações societárias, como regra geral, não se responsabilizam pelas obrigações pendentes firmadas em nome da empresa, assim como os sócios. No Direito Societário comum, a hipótese de co-responsabilização de sócio ou administrador de empresa é excepcional, existindo, basicamente, quando comprovada fraude, infração à lei, ao contrato social ou estatuto, e quando disciplinada em lei especial, como é o caso da previsão de responsabilização pessoal por obrigações decorrentes de relações de consumo, que envolvam a concorrência ou o meio-ambiente.

As sociedades estatais adotam a forma de sociedade limitada ou sociedade anônima, as sociedades de economia mista, necessariamente esta última, o que significa dizer que os sócios não respondem pelas obrigações pendentes da sociedade.

Pode-se concluir que, quer seja hipótese de não cumprimento de obrigação, quer seja de insolvência da empresa, a regra geral é no sentido de diferenciar a responsabilidade da sociedade e aquela dos sócios e administradores. Porém, para as sociedades empresárias, há a previsão de aplicabilidade, como mencionado, de regimes jurídicos especiais, na tentativa de recuperação da normalidade econômica do empreendimento, ou para a condução do desaparecimento da sociedade (do empresário) quando da incidência do regime falimentar.¹⁸

Para as sociedades de economia mista havia a previsão do revogado art. 242 da LSA que estabelecia a não incidência do regime falimentar, mas determinava a responsabilidade solidária da pessoa jurídica de direito público responsável pela sua criação pelas obrigações pendentes na hipótese de insolvência da empresa de economia mista. Depois da revogação, a LRE reitera a não sujeição das sociedades de economia mista ao regime aplicável às demais organizações empresariais.

Diante da lacuna criada desde a revogação do artigo específico da LSA, a proposta de estatuto próprio das estatais que será apresentada adiante define as regras a que estaria sujeita a organização empresarial estatal em caso de insolvência, adotando-se um regime especial aplicável as estatais, nos moldes do regime de intervenção e liquidação extrajudiciais estabelecido para as instituições financeiras. Permite à autoridade do executivo a que se vincula a estatal, decretar o afastamento temporário dos gestores da empresa, mediante alocação de um interventor ou de um liquidante, que ficaria responsável pelo levantamento da situação econômica do empreendimento, assim como da regularidade da conduta dos administradores, concluindo pela manutenção da organização, sua liquidação (se houver condições de solvência do passivo mediante venda do ativo) ou pelo encaminhamento para decretação de falência. Nesta última hipótese, com extensão dos efeitos da falência para os gestores da sociedade atingida, nos mesmos moldes do que acontece para os administradores das sociedades privadas no que se refere à incapacidade empresarial decorrente da decretação. O gestor ficaria impedido, até o pagamento ou extinção das obrigações, de atuar empresarialmente, assim como sofreria certas limitações relacionadas a ausentar-se do local onde se processa a falência, sujeição

¹⁸ Os objetivos da recuperação judicial da empresa são sintetizados no teor do art. 43 e da falência, art. 75 da LRE.

à investigação quanto à prática de crimes falimentares, dever de informar e colaborar na tramitação do procedimento.

Se tais efeitos atingem o administrador da sociedade privada sujeita ao regime falimentar, bastante viável que se conclua pela pertinência de aplicação do mesmo regime para o gestor de empreendimento que carrega consigo capital público. Este sistema pode auxiliar na formação do perfil do profissional que será conduzido aos cargos de gestão da sociedade estatal, afastando uma perspectiva de irresponsabilidade pela condução atribuída ao empreendimento, assim como poderá minimizar a prática de indicação de gestores, por critério unicamente político, alçados à condição de diretor ou conselheiro sem qualificação para gestão do empreendimento e sem compreensão dos riscos que possa balizar a tomada de decisões. Ao mesmo tempo, pode-se considerar que a imposição de riscos ao gestor pode estimular a tomada de decisões conscientes e que decorram de um amplo conhecimento sobre a natureza do empreendimento e dos negócios realizados pela empresa, contribuindo para a designação de profissionais qualificados, especialmente dentre os próprios empregados da empresa que tenham conhecimento e habilitação suficientes para justificar a escolha.¹⁹

No que se refere à prática de atos administrativos passíveis de responsabilização dos administradores, no Direito Comparado há alguns indicativos da orientação que poderia ser dada pelo estatuto próprio das estatais. No caso das sociedades de economia mista locais, na França, as comunidades respondem civilmente pelos atos praticados pelos representantes indicados (THOMAS, 2006, p.330). Quanto aos demais administradores, aplicam-se as regras do direito comum, sendo que naquele país, admite-se a nomeação de administrador pessoa jurídica, desde que esta indique uma pessoa física como responsável pelas atribuições.

A minuta de estatuto geral apresentada neste trabalho estabelecerá critérios de responsabilização de gestores.

¹⁹ Há precedente de decretação de falência de conselheiro de sociedade de economia mista indicado pela coletividade local, ver Regnaut-Moutier (2006, p.296).

5.5 AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO

Outro aspecto a merecer uma disciplina específica no estatuto geral das sociedades de economia mista é a formatação da avaliação de desempenho da gestão de uma estatal.

Evidentemente, em razão da função específica atribuível a uma sociedade de economia mista existe uma estreita ligação entre a pessoa jurídica de direito público, o investimento público, e o financiamento do empreendimento.

Há situações de aporte de capital público decorrentes de: 1. aumento de capital e de adiantamento para futuro aumento futuro; 2. aquisição de outros valores mobiliários; 3. mútuo remunerado ou não; 4. Programas de reestruturação financeira; 5. compensações financeiras decorrentes de medidas de preservação do interesse público.

A minuta de estatuto geral que é apresentada no próximo capítulo disciplina as formas de aporte de capital da pessoa jurídica de direito público na sociedade estatal. Todo aporte diferenciado de recursos públicos e que inevitavelmente terá reflexo nos balanços da empresa e na aferição do lucro do período deverá merecer uma contabilização específica (que também deverá estar prevista no estatuto geral) a fim de garantir-se, por um lado, a transparência nos critérios de distinção entre os recursos societários e os recursos públicos não-societários, de outro, para aplicabilidade das normas que disciplinam a participação dos empregados nos lucros da empresa, evitando-se distorções na definição do lucro do período (aportes extraordinários de capital para re-organização financeira e decorrentes de compensações por decisões tomadas com base no interesse público devem integrar-se à contabilização especial). A minuta cuida também da necessidade de critérios de aferição de resultados não financeiros, valoráveis em razão da finalidade de interesse geral que motiva a existência da empresa, inclusive mediante elaboração de índices quantificáveis que funcionem como parâmetro de avaliação para fins de formatação de relatórios publicados (DELION, 2003, p.229).

6 MINUTA DE ESTATUTO JURÍDICO PARA AS SOCIEDADES ESTATAIS QUE ATUAM NO MERCADO

Para concluir o presente trabalho, optou-se pela apresentação em seu próprio corpo, de uma minuta de Lei geral para as sociedades estatais que atuam no mercado.

A proposta, a partir das bases estabelecidas na Constituição, apresenta sugestões de disciplina legal aplicável às sociedades estatais, desde o conceito geral da justificativa para a opção pública de investimento público na atividade empresarial, até a previsão de procedimentos específicos para os contratos e composição de sua estrutura de gestão.

6.1 MINUTA DE PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR

Dispõe sobre o estatuto jurídico de que trata o artigo 173, § 1.º da Constituição Federal e estabelece normas especiais de contratação e formatação administrativa para as empresas estatais federais, estaduais e municipais que atuam de forma concorrencial.

Disposições Preliminares

Art. 1.º Esta lei disciplina o estatuto jurídico das empresas estatais e estabelece normas simplificadas de licitação a serem observadas pelas empresas estatais que explorem, em regime concorrencial, atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Art. 2.º As disposições desta lei se estendem às empresas estatais prestadoras de serviço público em regime concorrencial.

Art. 3.º As sociedades estatais podem ser criadas nas hipóteses autorizadas pela Lei.

§ 1.º As pessoas jurídicas de direito público instituidoras de sociedades de economia mista ficam autorizadas a adquirir ações, assim como incorporar bônus e ações distribuídos pela sociedade.

§ 2.º Os dividendos partilhados entre os acionistas que couberem à pessoa jurídica de direito público são contabilizados como receita pública.

§ 3.º A presente disciplina aplica-se igualmente às sociedades subsidiárias das sociedades estatais que atendam às condições do art.1º.

Art. 4.º O objeto das sociedades estatais admite a inclusão de mais de uma atividade econômica, desde que de caráter complementar.

Função Social

Art. 5.º No cumprimento dos objetivos que lhe foram cometidos pela lei que determinou a sua criação, as empresas estatais devem atuar de forma econômica, financeira, social e ambientalmente eficiente.

§ 1º. São metas que devem ser perseguidas pelas empresas estatais:

I - valorização de seus empregados, mediante o desenvolvimento de programas voltados à saúde, lazer, cultura, integração familiar e qualificação técnico-profissional;

II - tratamento equânime a todos os seus fornecedores, clientes e demais colaboradores;

III - cumprimento das normas de concorrência e lealdade nas relações com empresas concorrentes;

IV - adoção de políticas que visem o efetivo controle do impacto da atividade econômica no meio ambiente;

V - participação em projetos voltados aos interesses da comunidade nos setores de saúde, cultura, educação e assistência social

§ 2.º As empresas estatais deverão elaborar planos de atividade visando à consecução das metas referidas no parágrafo anterior, incluindo as despesas correspondentes em seu orçamento anual.

Composição do capital social

Art. 6.º As sociedades de economia mista disciplinadas por esta Lei sujeitam-se às normas aplicáveis às sociedades anônimas, salvo disposições específicas estabelecidas nesta e em outras Leis aplicáveis.

§ 1.º As pessoas jurídicas de direito público interno, separada ou associativamente, deterão de modo permanente mais da metade do capital social votante da sociedade, assim como dos votos na sua administração.

§ 2.º Mediante elaboração de acordo próprio, pessoas jurídicas de direito público internacionais poderão participar do capital social de sociedades de economia mista, observados os objetos descritos no art. 1.º, limitando-se a sua participação à proporção que lhe assegure no máximo a metade das ações com direito a voto e dos cargos de administração assegurados à pessoa jurídica de direito público interno nacional.

Art. 7.º A participação de acionistas privados não pode ser inferior a 15% do capital social votante da sociedade de economia mista.

Aportes financeiros da pessoa jurídica de direito público

Art. 8.º O controlador da sociedade de economia mista, na condição de acionista, pode participar de aumentos de capital social ou aportar recursos, observadas as condições estabelecidas neste artigo.

§ 1.º Os aportes de recursos a título de conta-corrente do acionista dependem da existência de um prévio acordo entre o controlador e a sociedade de economia mista que estabeleça, sob pena de nulidade:

I - A natureza, o objeto e a duração do aporte;

II - O montante, as condições de reembolso, eventualmente de remuneração ou de transformação do aporte em aumento do capital social;

III - A duração máxima de dois anos para o término da operação, podendo ser renovada uma vez por igual período, ao final do qual o valor será reembolsado ou transformado em aumento de capital;

IV - É vedado novo aporte enquanto não liquidado o aporte anterior e fica vedada a realização de aporte com finalidade de liquidação de aporte anterior realizado;

V - A transformação do aporte em capital social tem por limite a participação mínima estabelecida no art. 7.º;

VI - Nenhum aporte pode ser realizado pelo controlador se, em razão de perdas constatadas nos documentos contábeis, o capital próprio da sociedade de economia mista tenha se tornado inferior à metade do capital social;

VII - O acordo mencionado no § 1.º deve ser arquivado na sede da empresa acompanhado de um relatório do conselho de administração que exponha a situação econômica da empresa e a destinação que será dada ao aporte, devendo justificar no

mínimo, o montante do aporte, sua duração e condições de reembolso, remuneração e condições de conversibilidade em capital social, se for o caso;

VIII - Decreto do chefe do poder executivo a que pertence o controlador fixará previamente à operação as condições de remuneração, se for o caso.

§ 2.º A pessoa jurídica de direito público poderá aportar recursos à sociedade, a título de adiantamento, destinados exclusivamente a programas de interesse geral, cuja contabilidade deverá ser destacada da geral e cujos relatórios de andamento e finalização, inclusive especificando a destinação final dos recursos, devem ser anexados aos balanços gerais.

§ 3.º Se o interesse geral exigir da autoridade pública a tomada de decisões que repercutam na autonomia econômica da empresa, deve a pessoa jurídica de direito público responsável promover a competente indenização da empresa, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento, cuja contabilização deverá seguir a disciplina expressa na parte final do § 2.º.

Administração e controle

Art. 9.º As contas anuais, deliberações do conselho de administração e das assembleias gerais são comunicadas, acompanhadas de anexos, no prazo de quinze dias a partir de sua adoção, ao secretário ou ministro do órgão a que está vinculada a sociedade.

§ 1.º Se o representante da pessoa jurídica de direito público considerar que uma deliberação gera ônus excessivos para o controlador, ou amplia de forma demasiada o risco em relação a garantias ofertadas pelo controlador em operações de empréstimo que beneficiam a sociedade, encaminhará a documentação para análise do Tribunal de Contas que terá o prazo de quinze dias para manifestação, comunicando-a à autoridade e à companhia.

§ 2.º Recebida a manifestação do Tribunal de Contas, cabe aos administradores da estatal confirmar a operação ou revogá-la, fundamentando a decisão por escrito e dada ciência às autoridades.

Art. 10. A diretoria da sociedade de economia mista é integrada por 4 (quatro) diretores, acionistas ou não, para um mandato de até 3 (três) anos, eleitos pelo conselho de administração:

- a) 1 (um) diretor indicado pelo chefe do poder executivo da pessoa jurídica de direito público controladora da empresa;
- b) 1 (um) diretor indicado pelos acionistas minoritários;
- c) 2 (dois) diretores escolhidos entre profissionais especializados indicados pelo presidente do conselho de administração em lista quántupla.

Art. 11. O conselho de administração das sociedades de economia mista é constituído por no mínimo 6 (seis) integrantes e seus suplentes, acionistas ou não, nomeados para mandatos de 3 (três) anos, permitida a recondução:

- a) 1 (um) representante do chefe do Poder Executivo a que pertence o controlador;
- b) 1 (um) representante da secretaria de estado ou ministério do planejamento ou da economia, ou equivalente;
- c) 1 (um) representante da secretaria de estado ou ministério a que se vincula a empresa;
- d) 2 (dois) representantes dos acionistas privados, eleitos em assembléia específica;
- e) 1 (um) representante dos trabalhadores, eleito em assembléia específica.

§ 1.º Na hipótese da sociedade de economia mista operar no mercado de valores mobiliários, o conselho será integrado por mais 2 (dois) conselheiros independentes, com igual mandato, e que serão escolhidos em assembléia geral, a partir de uma lista de pelo menos 5 (cinco) profissionais de mercado, especializados, apresentada na assembléia de eleição pelo presidente do conselho de administração.

§ 2.º Os representantes do controlador são demissíveis *ad nutum*, os representantes das minorias serão substituídos ainda na duração do mandato, quando da modificação significativa das posições acionárias minoritárias, desde que requerida a substituição por minoritários que representem ao menos 5% (quinze por cento) do capital social da empresa.

§ 3.º O representante dos empregados será substituído se encerrado o vínculo empregatício antes do término do prazo do mandato.

§ 4.º Qualquer dos conselheiros deverá ser substituído, mediante o procedimento adequado, quando agir em contrariedade aos deveres impostos pela legislação societária aplicável.

§ 5.º Os conselheiros independentes somente serão destituídos durante seus mandatos nas hipóteses legais.

Art. 12. O conselho fiscal nas sociedades de economia mista é composto por três integrantes, eleitos em assembléia geral, escolhidos entre profissionais de mercado, especializados, atendendo-se às normas estabelecidas na lei societária.

Art. 13. Toda participação de sociedade de economia mista no capital de outra sociedade será antecedida da elaboração de um acordo que garanta ao menos uma cadeira no conselho de administração da empresa de indicação da pessoa jurídica de direito público.

Art. 14. A responsabilidade civil que resulta do exercício de mandato dos representantes do Poder Executivo incumbe à pessoa jurídica de direito público responsável pela indicação, ressalvado o direito de regresso desta em relação ao administrador e à autoridade pública diretamente responsável pela indicação.

Regime das obrigações

Art. 15. As empresas estatais sujeitas a esta lei submetem-se à disciplina das empresas privadas no que se refere aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

§ 1.º Com relação à licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, atendidos os princípios da Administração Pública, fica autorizado o chefe do poder executivo da pessoa jurídica a que pertence o controlador, editar norma específica que disciplinará a forma de contratação de obras e serviços relacionados à atividade empresarial desenvolvida pela empresa;

§ 2.º Além das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação nominadas na Lei própria, também são consideradas como hipóteses de inexigibilidade:

a) as contratações de serviços ou aquisição de bens, em situações atípicas de mercado em que, comprovadamente, a realização do procedimento licitatório não seja hábil a atender ao princípio da economicidade;

b) as formações de parcerias, consórcios, gerenciamento conjunto de empreendimentos, e outras formas associativas de natureza contratual, objetivando

o desempenho das atividades compreendidas no objeto da sociedade de economia mista;

c) as contratações para comercialização de produtos decorrentes da exploração da atividade empresarial;

d) as contratações que, em razão do mercado, devam se processar de forma iminente, por motivo de alteração de programação, desde que comprovadamente não haja tempo hábil para a realização do procedimento licitatório, justificados o preço da contratação e as razões técnicas da alteração de programação;

e) aquisição de bens e equipamentos destinados à pesquisa e desenvolvimento tecnológico aplicáveis às atividades da empresa.

Art. 16. Ficam autorizadas as sociedades de economia mista a participarem de acordo de acionistas elaborado com base na legislação societária aplicável, desde que mantidos os níveis de controle que assegurem à pessoa jurídica de direito público orientar a companhia para o cumprimento do relevante interesse coletivo ou motivo de segurança nacional que justificou a sua criação.

§ 1.º O acordo de acionistas pode:

I - versar sobre a designação dos integrantes de cargos de gestão na sociedade de economia mista, conselheiros, diretores, gerentes e as atribuições de suas funções;

II - estabelecer matérias pontuais, relacionadas ao objeto da empresa, para as quais incidirá o poder de veto dos acionistas minoritários;

III - estabelecer matérias relacionadas ao interesse geral que motivou a criação e a manutenção da sociedade estatal para as quais prevalecerá o poder de voto do acionista controlador ou conselheiro.

Art. 17. O Poder Público no exercício de seu poder soberano pode a qualquer tempo, com fundamento no interesse público, interferir, modificar ou extinguir obrigações, garantindo-se à sociedade de economia mista o devido ressarcimento.

§ 1.º Na hipótese de cessação prematura de contrato firmado entre a sociedade de economia mista e o Poder Público, havendo possibilidade de continuação da empresa para o exercício de outras atividades previstas na Lei autorizadora, ou por alteração desta, os valores obtidos na indenização serão contabilizados em

apartado, como determinado nesta Lei, e utilizados na aquisição de bens ou realização de pesquisas voltadas à atividade remanescente.

§ 2.º Na hipótese de transferência compulsória de uso de bens relacionados à concessão e de titularidade da sociedade de economia mista, com o propósito de melhoria na oferta de bens ou produtos, caberá ao Poder Público indenizar a empresa pela cessão dos equipamentos e bens, cujo valor será contabilizado em apartado e utilizado na manutenção dos bens e equipamentos da empresa ou em atividades de pesquisa voltadas ao objeto empresarial.

Mediação e arbitragem

Art. 18. Os estatutos das sociedades de economia, contratos e acordos poderão fixar a possibilidade de submissão de suas controvérsias ao procedimento de mediação e/ou arbitragem, estabelecendo de maneira minuciosa as condições para instalação, processamento e conclusão dos procedimentos extrajudiciais de solução de conflitos que digam respeito exclusivamente às questões empresariais decorrentes do exercício da atividade empresarial.

Regime de recuperação e de liquidação da sociedade de economia mista

Art. 19. No caso da sociedade de economia mista se deparar com desequilíbrio econômico e financeiro grave e durável decorrente de aspectos de mercado, a pessoa jurídica de direito público pode acordar subvenções excepcionais para a implementação de medidas de recuperação, mediante elaboração de acordo escrito que fixe a natureza, o montante e a duração das subvenções.

§ 1.º O plano de subvenção previsto no *caput*, proposto pelo poder executivo e aprovado pelo Poder Legislativo se fará acompanhar de:

I. relatório especial apresentado pela empresa sobre sua atividade, situação econômico-financeira atual e o programa de recuperação;

II. relatório do administrador especialmente nomeado pelo controlador para acompanhamento do procedimento de recuperação que ateste, sob pena de responsabilização pessoal, o conjunto das informações sobre a situação financeira da empresa e os dados previsíveis com relação ao resultado das subvenções;

III. parecer do Conselho Fiscal sobre a proposta e os resultados pretendidos.

§ 2.º O Poder Legislativo será informado ao menos anualmente sobre o andamento do programa de reabilitação da empresa estatal.

§ 3.º Os valores prestados a título de subvenção serão contabilizados em separado, na forma estabelecida nesta Lei.

Art. 20. Além da possibilidade de estabelecimento de subvenções especiais, aplicar-se-á às sociedades estatais sujeitas a esta lei a disciplina prevista para instituições financeiras, no que se refere ao regime de intervenção e liquidação extrajudiciais, realizando-se as necessárias adaptações, dentre outras:

§ 1.º O interventor ou o liquidante será nomeado pelo chefe do Poder Executivo a que pertence a pessoa jurídica de direito público controladora da empresa.

§ 2.º Na hipótese de decretação de falência da sociedade, serão aplicáveis as normas específicas do regime falimentar, inclusive no que se refere aos impedimentos de ordem empresarial e a disciplina penal lá estabelecidos.

Cessação de concessão de serviço público

Art. 21. Na hipótese de liquidação extrajudicial ou decretação de falência da empresa estatais concessões e delegações em vigência são automaticamente resilidas com retorno à pessoa jurídica de direito público, seu controlador, dos bens cedidos relacionados ao contrato.

§ 1.º Os contratos de concessão firmados pela sociedade de economia mista conterão cláusula, sob pena de nulidade, prevendo as condições de indenização a ser realizada pelo controlador relacionada à parcela não amortizada dos bens adquiridos ou realizados pela sociedade e afetados ao patrimônio da operação ou do serviço, sobre os quais exercerão o direito de retomada.

§ 2.º O montante da indenização é vertido à sociedade, realizadas as deduções das participações financeiras do controlador em relação à parcela não utilizada e dos pagamentos correspondentes à execução de garantia acordada para o financiamento da operação.

Contabilidade privada e pública

Art. 22. A sociedade de economia mista que atue no mercado e que de alguma forma se beneficie de uma prerrogativa inerente à condição jurídica de seu controlador, como subvenções, reversão de valores ou indenizações por ato administrativo que interfira diretamente no exercício de sua atividade, apresentará ao menos anualmente e em caráter obrigatório:

a) balanço elaborado na forma determinada pela Lei societária e que não incluirá as referidas subvenções, reversões, indenizações ou equivalentes, mencionadas no *caput*;

b) balanço especial que indicará as movimentações excluídas do balanço ordinário;

c) balanço consolidado que apresentará o resultado final do período de forma ponderada, incluindo a aferição de resultados relacionados ao interesse geral que motivou a criação da sociedade de economia mista, satisfeito ou parcialmente satisfeito em razão da atividade empresarial, com a identificação das ações empreendidas para o cumprimento das metas referidas nos incisos I, IV e V do § 1.º do art. 3.º, bem como com a discriminação do volume de recursos financeiros a esse fim destinados.

Parágrafo único. Para fins de apuração de resultado e implementação de política de participação nos lucros dos empregados, acionistas e gestores, será considerado o balanço indicado na alínea a.

Disposições finais

Art. 23. Esta Lei aplica-se, no que couber, às empresas públicas que explorem, em regime concorrencial, atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, inclusive serviços públicos.

Art. 24. Ficam revogadas as disposições em sentido contrário às normas contidas nesta lei.

Art. 25. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

7 CONCLUSÕES

A Constituição Federal brasileira contempla a possibilidade de edição de um regramento geral próprio, direcionado às empresas estatais que atuam no mercado. Tal normativa deve cotejar os princípios inerentes ao Direito Público com as necessidades gerenciais e de regime de contratação que a atuação empresarial traz consigo.

Numa situação de oferta de bens e produtos no mercado, e, muito especialmente, quando a estrutura empresarial conta com a afluência de capital privado associado ao capital público, o investimento privado somente pode encontrar sua justificativa na atratividade econômica do empreendimento.

Indissociáveis de sua finalidade, as sociedades estatais que desempenham atividades econômicas em competição com a iniciativa privada, sujeitam-se à norma geral de licitação. O seu estatuto jurídico pode, porém, estabelecer normas licitatórias mais simplificadas, de modo a conciliar a observância desse procedimento administrativo com o dinamismo exigido pelo mercado, sem deixar de observar, em qualquer caso, os princípios gerais da Administração Pública, principalmente a impessoalidade, a moralidade e a eficiência.

Em países de tradição intervencionista, como o Brasil, deve-se somar ao interesse ordinário comum do investidor, também a cultura de confiança na garantia fornecida pela simples participação da pessoa jurídica de direito público e da pressuposta condição de solvência incondicional, que funciona como um motivador adicional. Tal condição atribuí à sociedade de economia mista, bem conduzida, um potencial de atratividade ao investimento privado, especialmente importante para o financiamento de atividades econômicas de interesse geral.

Quanto aos contratos firmados pela Administração Pública e estatais, na hipótese de repactuação das condições do firmado, o direito e a economia poderão oferecer soluções mais eficientes do que a ruptura pura e simples dos contratos de concessão ou a criação de outra estrutura burocrática intermediária, e deverão considerar possibilidades como: 1. Renegociação dos contratos de concessão em andamento que assegure o ressarcimento da concessionária responsável pelos investimentos de pesquisa e prospecção; 2. Opção pela estrutura mais eficiente da captação de recursos para o financiamento necessário até a efetiva extração; 3.

Estabelecimento de política fiscal compensatória para o Estado, de forma a maximizar o proveito social derivado da exploração de recursos naturais que podem beneficiar políticas públicas prioritárias sem afetar a estabilidade das relações contratuais e societárias legalmente firmadas.

Além dos acionistas, trabalhadores e comunidade têm interesses não negligenciáveis associados à atividade empresarial organizada de forma societária, sua participação será eficaz se assegurado o direito de eleição de representantes na gestão da empresa.

Uma adequada previsão de ocupação de cadeiras no conselho de administração, somada ao estabelecimento de poderes de veto em matérias específicas e que razoavelmente coexistam com a liberdade dos gestores profissionais, podem servir de mecanismos auxiliares na busca do modelo ideal de gestão de uma estatal.

A garantia de representação heterônoma, como dito, inclusive das representações das minorias e empregados pode modificar o perfil administrativo, tanto pela garantia efetiva de atenção à representação do interesse dos acionistas privados e minoritários, como também do interesse geral que motivou a criação da sociedade.

A direção da empresa deve se afastar de qualquer critério de nomeação que não seja o estritamente técnico. Pensando-se especialmente nas empresas estatais que atuam em atividades de mercado e em nível concorrencial, esta é uma premissa não só de sobrevivência da empresa, como de estímulo ao investimento privado.

No que se refere à avaliação de desempenho de uma sociedade estatal, há que se considerar critérios de aferição de resultados não financeiros, valoráveis em razão da finalidade de interesse geral que motiva a existência da empresa, inclusive mediante elaboração de índices quantificáveis que funcionem como parâmetro de avaliação para fins de formatação de relatórios publicados. A correta avaliação pressupõe também a adoção de uma contabilidade própria para as empresas estatais que diferencie operações e recursos empresariais e estatais, decorrentes de subvenções, programas especiais de interesse público ou de reversão de bens ou direitos.

No contexto econômico mundial, com a crise do sistema financeiro dos países desenvolvidos, os países emergentes que deixaram de adotar as práticas características dos sistemas de longa tradição liberal, de não regulamentação do mercado de capitais, e que supostamente se ressentirão em menor escala dos efeitos da quebra generalizada das cadeias de investimento a partir da crise dos países desenvolvidos, ganham em importância.

Poderão despontar como local seguro para transferência de investimentos, desde que os problemas institucionais não afastem esta tendência. A estabilidade das instituições é fundamental, e, neste esforço, a necessária confirmação da previsibilidade dos contratos indissociáveis da prática econômica.

Os mesmos países em desenvolvimento, como o Brasil, se ressentem de ações que propiciem incremento em infraestrutura e energia, áreas prioritárias de atividade das sociedades estatais. Diante da escassez de recursos públicos, abre-se a possibilidade das estatais se apresentarem como alternativa de investimento privado confiável.

Além da oferta em áreas prioritárias, as sociedades de economia para o desenvolvimento local, como já consolidado em países como a França, desde que sejam pensadas a partir da vocação econômica da região, são instrumentos eficientes na promoção do bem-estar social.

Portanto, adotando-se uma moderna concepção de interesse geral, toda atuação econômica pública necessita de um regulamento condizente com as necessidades práticas e premissas constitucionais, abrindo-se o campo para a aceitação de uma participação empresarial econômica que encontre seu limite no respeito à concorrência, distanciada de acordos anticoncorrenciais, abuso de posição dominante, e mediante respeito aos níveis de preço de mercado.

A proposta do trabalho foi trazer uma contribuição para que os objetivos de desenvolvimento pátrio sejam auxiliados pela utilização das organizações societárias estatais. Para tanto, um sistema legal equilibrado e compatível com as características das estatais, sem dúvida, colaborará para a conformação necessária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Pedro Washington de; ALMEIDA, Eduardo. **1.º Anuário de responsabilidade social – Paraná**: iniciativas que apontam soluções para o futuro. Curitiba: Paranapress, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Intervenção no domínio econômico - sociedade de economia mista - abuso do poder econômico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.212, p.303-323, abr./jun. 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. v.7.

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

BRASIL. Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 27 de março de 1967, suplemento, retificado em 8 de março de 1967 e retificado em 30 de março de 1967 e retificado em 17 de julho de 1967.

BRASIL. Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial**, Brasília, suplemento, 17 de dezembro de 1976.

BRASIL. Lei n.º 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. **Diário Oficial**, Brasília, 22 de junho de 1993, republicada em 6 de julho de 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 27.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Lei n.º 10.303, de 31 de outubro de 2001. Altera e acrescenta dispositivos na Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial**, Brasília, 1.º de outubro de 2001.

BRASIL. Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial**, Brasília, 09 de fevereiro de 2005 em edição extra.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com modificações das Leis n.º 9.457, de 5 de maio de 1997, e n.º 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. **Privatización de la empresa pública y post privatización**: analisis jurídico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

DELION, André. **Le droit des entreprises et participations publiques**. Paris: LGDJ, 2003.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA, Sérgio Andrea. O direito administrativo das empresas governamentais brasileiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.136, p.1-33, abr./jun. 1979.
- FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- LAZZARINI, Álvaro. **Temas de direito administrativo**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16.ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades de economia mista, empresas públicas e o regime de direito público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.13. abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 13 maio 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16.ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Européia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p.227-228, abr./jun. 2003.
- MUNIZ, Alvaro A. Caminha. **A empresa pública no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1972.
- PEREIRA, Tadeu Pereira. **Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica**. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- REGNAUT-MOUTIER, Corinne. L'administration de la SEM: propos de privatiste. In: GUÉRARD, Stéphane (Coord.). **Regards croisé sur l'économie mixte**. Paris: L'Harmattan, 2006. p.287-301.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e Função**. Curitiba: Juruá, 1999.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro. Sociedades estatais, controle e lucro. **Scientia Iuris**: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL/Departamento de Direito Público e Departamento de Direito Privado. Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, v.10, p.163-182, 2006.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do direito global. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- THOMAS, Vincent. La responsabilité des dirigeants de la SEM. In: GUÉRARD, Stéphane (Coord.). **Regards croisé sur l'économie mixte**. Paris: L'Harmattan, 2006. p.329-349.