



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

EMPRESAS PÚBLICO-PRIVADAS

Alexandre Santos de Aragão

INTRODUÇÃO

Tema cujo estudo é relativamente recente é o das ditas empresas público-privadas, pessoas jurídicas da iniciativa privada (portanto não integrantes da Administração Pública Indireta), mas das quais o Estado, principalmente através das suas estatais, participa minoritariamente, o que reforça a percepção de que as empresas públicas e sociedades de economia mista estão cada vez mais atuando com o mercado e dentro do mercado.¹

São essas modalidades societárias com a participação minoritária do Estado como agente econômico que denominamos “empresas público-privadas”, termo este que, destacamos desde já, não possui previsão expressa no nosso ordenamento jurídico.²

¹ “Como alternativa à sociedade mista clássica, em que o Estado é titular da maioria do capital votante e dirige a atividade empresarial de forma soberana, têm surgido propostas de parcerias societárias com o mesmo Estado na posição de acionista minoritário estratégico. A ideia é fazer com que a companhia com tal configuração seja considerada juridicamente uma entidade privada e, portanto, não fique sujeita às restrições legais sobre licitações, contratação em período eleitoral, contingenciamento do crédito do setor público, limites da lei de responsabilidade fiscal, exigência de concurso público para admissão de pessoal, além de outros controles próprios da Administração Pública. (...) É fácil perceber que são enormes os desafios para implementação de semelhante modelo, a começar pela falta de tradição de convivência societária do acionista público em posição inferiorizada ao privado. De todo modo, não se deve descartar a possibilidade de obtenção de bons resultados no longo prazo” (PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de direito público da economia*, pp. 147-148).

² “O termo ‘sociedade de economia mista’, antes da edição do Decreto-lei 200, de 1967, era empregado comumente para designar não só as empresas de capital público-privado de que o Estado é sócio majoritário, mas também aquelas em que o Estado figurava como sócio minoritário – de que se pode concluir que as empresas público-privadas (...) seriam consideradas à época como ‘sociedades de economia mista minoritárias’. Com a edição do Decreto-lei 200 e a criação de um conceito legal mais restrito de sociedade de economia mista, tal denominação não deve ser utilizada para designar as empresas que são objeto de estudo na presente tese. Na realidade, o *nomen juris* que se atribui ao fenômeno não importa, desde que ele seja devidamente caracterizado e seus contornos sejam esclarecidos com exatidão” (SCHWIND, Rafael Wallbach. *Participação estatal em empresas privadas: as “empresas público-privadas”*, p. 6). Com efeito, a omissão legislativa em conceituar a espécie traz como consequência uma grande variedade de denominações terminológicas para estas sociedades das quais o Estado participa minoritariamente, a exemplo dos termos “empresas semiestatais” (SUNDFELD, Carlos Ari, SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. *Empresas semiestatais. Revista de direito público da economia*, pp. 75-99) e “empresa participada” (FERRAZ, Luciano. Além da sociedade de economia mista. *Revista de direito administrativo*, pp. 49-68), guardando apenas detalhes conceituais diferentes em seus significados. Interessante anotar a crítica de Hely Lopes Meirelles, por ocasião da edição do Decreto-Lei 200/1967, a respeito do conceito restritivo de sociedade de economia mista adotado pelo então novo diploma legislativo: “Com esse conceito, restritivo e incorreto, a União autolimitou-se (...) ao obrigar que o capital público votante seja *majoritário*, quando seria admissível fosse *minoritário*, desde que o Governo viesse a conduzir,

Este verbete visa, pois, a fornecer alguns parâmetros para a compreensão do instituto, das suas finalidades, do seu regime jurídico, dos limites e dos controles que sobre ele incidem.

SUMÁRIO

Introdução	2
1. Traços essenciais e finalidades do instituto	3
2. As finalidades das empresas público-privadas.....	4
2.1. Participação fomentadora.....	6
2.2. Participação instrumental: implementação mais eficiente das atividades fins das empresas estatais	7
2.3. Participação conformadora (ou planificadora).....	7
2.4. Participação fiscalizadora.....	9
3. Regime jurídico e sistemas de controle.....	9
4. A escolha do sócio para a constituição de empresas público-privadas	17
Referências	23

1. TRAÇOS ESSENCIAIS E FINALIDADES DO INSTITUTO

Na linha do exposto em nota introdutória, as empresas público-privadas consistem em pessoas jurídicas da iniciativa privada, extrínsecas, portanto, à Administração Pública (mesmo a indireta), nas quais o Estado compõe o quadro societário de modo não majoritário.

Como não poderia deixar de ser, também no âmbito das empresas público-privadas, a participação acionária da Administração, embora minoritária, se dá com vistas à realização de algum interesse público, já que o Estado ou, o que é mais comum, os seus braços empresariais (empresas públicas ou sociedades de economia-mista),

por outros meios, a atuação estatutária da sociedade” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. p. 335).

deliberadamente optam por possuir participação em uma empresa privada, e toda manifestação de vontade da Administração Pública sempre tem que decorrer de algum objetivo coletivo, no caso das empresas estatais, dos objetivos públicos que justificaram sua criação.³

Bruno Leal Rodrigues cita pelo menos três novas formas de associação entre o Estado e a iniciativa privada, como expressões fortalecidas da atualização da atuação direta do Estado na economia: (i) os acordos de acionistas;⁴ (ii) a formação de consórcios empresariais público-privados;⁵ e (iii) a participação em empresas privadas, objeto do presente verbete.⁶

Em todos esses casos o Estado se vale de mecanismos preponderantemente societários – e não mais propriamente de ferramentas regulatórias ou de fomento – para atrair e, em certa medida, induzir o comportamento de capitais privados. Como se verá, no próximo tópico, as empresas público-privadas podem ser utilizadas como instrumento para a implementação de diferentes finalidades públicas.

2. AS FINALIDADES DAS EMPRESAS PÚBLICO-PRIVADAS

Giuseppe Marcon cita, entre os possíveis motivos para participação do Estado em empresas privadas sem controle, (i) a possibilidade de obter diretamente informações sobre determinados setores produtivos; (ii) a possibilidade de maior controle sobre as políticas de gestão de determinadas empresas sobre as quais o poder público tenha especial interesse, em virtude da atividade desenvolvida ou de subsídios a elas concedidos; (iii) o interesse em financiar em parte as atividades de determinada empresa privada, ainda que somente para garantir a sua sobrevivência; (iv) o interesse em promover uma gradual aquisição de posição de controle.⁷

³ Citam-se como exemplo “as inúmeras participações acionárias que a BNDESPAR teve, sem poder absoluto, profissionalizando empresas familiares, sem burocracia, e retirando-se via mercado, paulatinamente, quando não mais necessária tal participação” (TRAVASSOS, Fernando C. As vantagens de uma empresa público-privada. *Valor Econômico*, publicado em 21.08.2007).

⁴ A respeito do tema, consulte-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*, pp. 418-428.

⁵ *Idem*. pp. 428-431.

⁶ RODRIGUES, Bruno Leal. Formas de associação de empresas estatais. Acordo de acionistas, formação de consórcios e participação em outras empresas. *Direito administrativo empresarial*, p. 99.

⁷ MARCON, Giuseppe. *Le imprese a partecipazione pubblica: finalità pubbliche ed economicità*, p. 11.

De nossa parte, propomos a sistematização das razões pelas quais se dá a participação do Estado em empresas privadas de forma minoritária em quatro hipóteses:

- (1) para fomentar ou mesmo apenas evitar a quebra de determinadas empresas ou setores da atividade econômica;⁸
- (2) para realizar de forma mais eficiente as atividades-fim de suas empresas estatais;
- (3) para em alguma medida poder direcionar as atividades de uma empresa privada, através de eventual titularidade de uma *golden share*⁹ ou da

⁸ Com a crise de 2008/2009, houve o aumento da regulação e fomento estatais, com apoio aos chamados “campeões nacionais” (grandes empresas nacionais, geralmente exportadoras), e até mesmo a estatização de companhias através da assunção pelo Estado do controle de empresas que estavam em vias de quebrar (ex., algumas instituições financeiras e a *general motors* nos EUA). Grande parte desse apoio se deu através da participação acionária do Estado em empresas privadas, mas ficando com parte minoritária do capital, às vezes acompanhada de *golden shares* (ex., o apoio dado durante a crise de 2008 pelo Governo Francês à montadora de automóveis, mas obtendo em troca inclusive uma *golden share* para evitar que ela transferisse suas fábricas para outros países).

⁹ *Golden shares* são ações de classe especial que “podem assegurar ao Estado certas salvaguardas para convocar e instituir assembleias gerais com vistas a deliberações referentes à política de preços ou de tarifas, política de investimentos, incorporação, fusão, cisão da empresa e ao próprio cancelamento, quando oportuno, dessas ações ordinárias de classe especial. Esse instrumento credencia o Estado a exercer o seu voto de qualidade, prevalecendo sobre o voto proporcionado por todas as demais ações de qualquer espécie ou classe, em relação às específicas matérias citadas” (FARIAS NETO, Pedro Sabino. *Gestão efetiva e desestatização: uma perspectiva brasileira*, p. 196). Foram previstas, pela primeira vez, como instrumentos de fazer remanescer alguma influência societária do Estado sobre empresas a serem privatizadas, no artigo 8º da Lei 8.031/90: “Sempre que houver razões que o justifiquem, a União deterá, direta ou indiretamente, ações de classe especial do capital social de empresas privatizadas, que lhe confirmam poder de veto em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos estatutos sociais das empresas, de acordo com o estabelecido no art. 6º, inciso XIII, e §§ 1º e 2º desta lei”. Essa lei foi posteriormente revogada pela Lei 9.491/97 que ampliou os poderes que poderiam constar das ações de classe especial: “Art. 8º Sempre que houver razões que justifiquem, a União deterá, direta ou indiretamente, ação de classe especial do capital social da empresa ou instituição financeira objeto da desestatização, que lhe confira poderes especiais em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos seus estatutos sociais”. Esse instrumento possui também previsão no § 7º do art. 17 da Lei das S.A.: “Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembleia-geral nas matérias que especificar”. Em vista disso, Fábio Guimarães Bensoussan explica que a instituição de *golden shares* seria uma forma de regulação intrassocietária: “constituem instrumento direto de política pública, que pode substituir, em certa medida, a função desempenhada pelas agências reguladoras, uma vez que estas atuam externamente à empresa, ao passo que, através da *golden share*, o Poder Público atua internamente, na própria empresa, atuando na defesa da coletividade e sobre o mercado” (*A participação do estado na atividade empresarial através das “Golden Shares”*, pp. 38 e 64. De acordo com esse autor, “a *golden share* surgiu como um instrumento que concedida ao Estado um conjunto de privilégios que não correspondia à participação societária por ele detida. Na realidade, buscava-se, através deste mecanismo, salvaguardar o interesse nacional relativo às empresas em processo de desestatização. A necessidade a ser atendida era a de garantir o controle de determinadas decisões relevantes das empresas privatizadas; a introdução do instrumento das *golden shares* permitiu ao Estado, simultaneamente, alienar quase todo o capital social que possuía nestas companhias e manter um controle peculiar, incabível aos demais entes privados, sobre esta mesma empresa” (*Idem*, p. 57).

celebração de um acordo de acionistas;¹⁰ ou

- (4) para poder ter uma maior fiscalização sobre as atividades e contabilidade de concessionárias privadas de serviços públicos, com possibilidades que enquanto mero regulador externo não alcançaria.

2.1. Participação fomentadora

No **primeiro caso**, não é o Estado que busca capitais privados com vistas ao desenvolvimento de uma atividade por ele titularizada, mas, ao contrário, aportará, como fomento econômico, capitais públicos a atividades econômicas e empresas privadas, obtendo, em contrapartida, participação no seu capital social.

Um exemplo encontra-se no Decreto 5.563/05, que regulamenta a Lei 10.973/2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Prevê o seu art. 5º que a União poderá participar de forma minoritária em empresas privadas que tenham por objeto o desenvolvimento de projetos científicos e tecnológicos.

Em vez de materializar a atividade de fomento em incentivos fiscais, com a perda de arrecadação de recursos aos cofres públicos, ou em meros empréstimos a taxas subsidiadas, utiliza-se forma diversa de incentivo, na qual o Estado assume os riscos do negócio conjuntamente com a iniciativa privada, mas faz jus à proporção de eventuais lucros dele decorrentes, bem como, eventualmente, da propriedade intelectual das criações realizadas com o seu apoio.

A BNDES Participações S/A ("BNDESPAR"), por exemplo, se vale justamente da participação acionária minoritária e temporária como estratégia de fomento a “*novos empreendimentos, em cujas atividades se incorporem novas tecnologias*” e a “*empresas que reúnam condições de eficiência econômica, tecnológica e de gestão e, ainda, que apresentem perspectivas adequadas de retorno para o investimento, em condições e prazos compatíveis com o risco e a natureza de sua atividade*”.¹¹

¹⁰ Sobre os acordos de acionistas, consulte-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o Regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. pp. 418-428.

¹¹ Estatuto Social da BNDESPAR, art. 4º, II e III, instituído pela Decisão no Dir. 149/2002-BNDES e disponível em: <www.econoinfo.com.br/docs/bndespar/estatuto-social/dE5IPVldzThBHCUw?p=1>. Acesso em: 10.10.2016. No art. 5º do aludido Estatuto, detalha-se as formas de apoio financeiro que devem

2.2. Participação instrumental: implementação mais eficiente das atividades fins das empresas estatais

No **segundo caso** (maior eficiência das suas atividades-fim), uma empresa estatal constitui, em parceria com a iniciativa privada, uma terceira sociedade para o desenvolvimento de suas próprias atividades-fim, seja porque não dispõe do montante de recursos necessário à realização do empreendimento, seja porque não possui o *know-how* da atividade ou simplesmente porque deseja dividir os riscos do negócio. Essas operações são muito comuns na exploração e produção de petróleo.

2.3. Participação conformadora (ou planificadora)

No **terceiro caso**, para garantir que a exploração das atividades não fugirá aos interesses coletivos visados naquela dada situação, pode o Estado negociar a celebração de um acordo de acionistas ou a instituição de uma *golden share* para garantir a sua influência sobre determinados assuntos.¹²

ser empregadas pela BNDESPAR para a exploração do seu objeto social: “Art. 5º O apoio financeiro de que trata o artigo anterior consistirá fundamentalmente nas seguintes formas de colaboração: I - subscrição e integralização de valores mobiliários e, em se tratando de ações, preferencialmente em proporções minoritárias; II - garantia de subscrição de ações ou de debêntures conversíveis em ações ou de bônus de subscrição; III - aquisição e venda de valores mobiliários no mercado secundário; e IV - outras formas de colaboração compatíveis com o objeto social da BNDESPAR”. A Caixa Econômica Federal mantém subsidiária integral similar, denominada Caixa Participações S/A - CAIXAPAR, embora esta possua menor vocação ao fomento. Para consultar o estatuto social da CAIXAPAR, acesse-se: <<http://www.caixa.gov.br/Downloads/caixa-par/Estatuto-CAIXAPAR.pdf>>. Acesso em 10.10.2016.

¹² “Normalmente, a instituição desse tipo de ação envolve (i) o direito de apontar membros do Conselho de Administração da companhia privatizada; (ii) o poder de veto sobre algumas matérias, como a alienação do controle da companhia, transferência de subsidiárias, dissolução da companhia, venda de ativos, etc.; (iii) o direito de restringir a aquisição de certa quantidade de ações por nacionais ou estrangeiros; (iv) o direito de restringir o número de diretores estrangeiros da companhia” (FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: regime jurídico das tradicionais e novas formas de atuação empresarial do estado na economia brasileira*, p. 298). “A título de exemplo, a União Federal detém *golden shares* na Companhia Vale do Rio Doce – CVRD e na Embraer. Na Vale, a ação preferencial confere os seguintes direitos: alteração da denominação social; mudança da sede social; mudança no objeto social no que se refere à exploração mineral; alienação ou encerramento das atividades de qualquer uma ou do conjunto das seguintes etapas dos sistemas integrados de minério de ferro da CVRD, a saber: (a) depósitos minerais, jazidas, minas, (b) ferrovias, (c) portos e terminais marítimos; quaisquer modificações nos direitos atribuídos às espécies de classes de ações que compõem o capital social da CVRD. Já na Embraer, a ação preferencial inclui os seguintes poderes: mudança de denominação da Companhia ou de seu objeto social; alteração e/ou aplicação da logomarca da Companhia; criação e/ou alteração de programas militares, que envolvam ou não a República Federativa do Brasil; capacitação de terceiros em tecnologia para programas

Entendem alguns autores que o exercício das prerrogativas decorrentes das *golden shares* configura verdadeiro ato administrativo, com o que devem estar presentes os elementos e pressupostos de sua edição, tais como motivo e motivação válidos, devido processo legal e obediência aos parâmetros de juridicidade administrativa.¹³

Todavia, gerando atos administrativos ou atos societários, as *golden shares* são instrumentos de garantia de determinadas políticas públicas em favor do Estado, titular do exercício das prerrogativas que delas emanam. À vista disso, por conta mais de seu atributo finalístico do que da natureza do ato do seu exercício, a utilização de uma *golden share* deve, pelo menos, não contrariar os princípios do art. 37, *caput*, da CF.¹⁴

Se o próprio direito de voto dos acionistas não pode, de acordo com a lei societária, ser exercido de forma abusiva, contrariando os interesses da sociedade,¹⁵ *a fortiori* as eventuais prerrogativas conferidas por *golden shares* não poderão se descuidar do interesse público que inspirou sua instituição nem também ultrapassar os respectivos limites, também se aplicando analogicamente o art. 238 da Lei das S.A. c/c art. 4º, § 1º, do Estatuto das Estatais.

Necessário também investigar se a *golden share* ou o acordo de acionistas têm a possibilidade de influenciar na vida da empresa de forma que o mero planejamento

militares; interrupção de fornecimento de peças de manutenção e reposição de aeronaves militares; transferência do controle acionário da Companhia” (PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Breves notas sobre as modalidades de intervenção do estado no domínio econômico em momentos de crise. *Revista de direito administrativo contemporâneo*, v. 15, nota 23).

¹³ “O ato praticado ao abrigo do poder de veto administrativo é, em rigor, um ato administrativo, entendido como o ato jurídico unilateral (veto) praticado, no exercício do poder administrativo (poder de veto administrativo), por um órgão da Administração ou por outra entidade pública para tal habilitada por lei (sócio-público ou o seu representante legal – v.g., o administrador nomeado pelo Estado) e que traduz uma decisão tendente a produzir efeitos jurídicos sobre uma situação individual e concreta (a decisão ou a deliberação)” (RODRIGUES, Nuno Cunha. *Golden Share: as empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto acionista minoritário*, p. 397). A esse respeito, também BENSOUSSAN, Fábio Guimarães. *Intervenção estatal na empresa privatizada: análise das “Golden Shares”*, p. 87, e FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: regime jurídico das tradicionais e novas formas de atuação empresarial do estado na economia brasileira*, p. 337).

¹⁴ Conquanto as prerrogativas em geral conferidas pelas *golden shares* sejam de caráter societário, não tendo origem no cabedal de prerrogativas especiais construído no âmbito do Direito Administrativo, o seu exercício, de natureza unilateral e impositivo, verdadeiro exercício de um direito potestativo, é conferido para a realização de interesses públicos, e deve observar esse elemento teleológico.

¹⁵ “O voto, na sociedade anônima, não se destina a respaldar objetivos inferiores, determinando a lei que seja exercido no interesse da companhia. Cada acionista terá a sua versão do que convém à sociedade e votará conforme o seu entendimento, mas não poderá abusar de seu direito, transformando o voto em um ‘vale-tudo’ destituído de significado ético. O interesse da companhia deve, pois, nortear o voto do acionista, ao qual cumprirá avaliar esse interesse, adotando a solução condizente” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*, p. 338).

indicativo externo previsto no art. 174 da CF não permitiria. Em outras palavras, pode o Estado se valer desses mecanismos societários para influenciar no rumo de uma empresa privada (que continua sendo uma empresa da iniciativa privada) de maneira tal que, se estivesse se valendo dos instrumentos da regulação, não lhe seria permitido?¹⁶

Entendemos que sim, pois a adesão do particular a essa modelagem societária é voluntária, e, com a racionalidade inerente às decisões econômicas, só aceitaria essas condições se em troca dela também receber benefícios razoáveis. Trata-se da mesma situação de empresas que, para receber empréstimos, seja de instituições públicas ou privadas, têm que se submeter a uma série de condições que, sem seu consentimento, seriam inimagináveis, podendo chegar até à assunção da própria gestão da empresa em caso de inadimplemento – os *step in rights*.

2.4. Participação fiscalizadora

No **quarto caso**, o Estado participa minoritariamente de concessionárias privadas de serviços públicos com o intuito de ter maior capacidade de fiscalização sobre suas atividades e contabilidade, reduzindo a sua assimetria informacional, já que, como sócio, terá acesso direto mais eficiente aos dados da empresa do que como regulador, de fora.¹⁷ Uma externalidade positiva dessa modalidade de participação minoritária é que também poderá participar dos resultados financeiros de uma atividade que continua sendo de sua titularidade.

3. REGIME JURÍDICO E SISTEMAS DE CONTROLE

Qualquer que tenha sido o móvel da participação do Estado, a empresa público-privada se diferencia das sociedades de economia mista definidas pelo art. 5º, III, do Decreto-Lei 200/1967, pois essas são apenas as empresas nas quais o Estado possui mais

¹⁶ As considerações feitas a partir dessa pergunta se aplicam às ações de classe especial, mas também a outros mecanismos societários de interferência do Estado em empresas privados, como os acordos de acionistas que lhe deem poderes tais.

¹⁷ O Estado-regulador não pode se valer da circunstância de também ser controlador e supervisor da estatal para reduzir as assimetrias informacionais existentes em relação a ela. A situação ora tratada é inteiramente diversa: estamos diante de prerrogativas do Estado como acionista, como sócio em si.

da metade das ações com direito a voto.

Não sendo sociedade de economia mista, e muito menos empresa pública, não integra a Administração Indireta. É, dessa forma, sociedade anônima ordinária, sujeita inteiramente ao Direito Privado.

De toda sorte, os atos do sócio público em relação a ela deverão atender aos princípios da Administração Pública (art. 37, CF),¹⁸ que incidirão com intensidade proporcional à maior ou menor influência que o Estado tenha sobre a empresa, bem como as práticas de governança e fiscalização exemplificativamente enumeradas pelo § 7º do art. 1º do Estatuto das Estatais para essas participações.

A posição de influência do Estado sobre as empresas público-privadas pode ser de duas intensidades.

Em uma **primeira posição de influência**, teríamos as **empresas público-privadas controladas de fato pelo Estado**. Nelas o Estado não detém o controle no conceito do Decreto-Lei 200/1967, mas o detém no conceito da Lei das S.A.: não detém a maioria do capital votante, mas exerce de fato o controle, seja por acordo de acionistas, *golden share* com muitos poderes, ou em razão de as ações da empresa estarem pulverizadas de tal maneira que o Estado, mesmo com uma participação percentualmente pequena, é o único acionista individualmente considerado que comanda a empresa.¹⁹

Como o que importa para a integração à Administração Indireta é o conceito de controle do Decreto-Lei 200/1967, essas empresas não são sociedades de economia mista, continuando empresas público-privadas.

Todavia, não se pode deixar de considerar que quem as comanda efetivamente é o Estado, de maneira que devem ser observados os princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública, constantes do art. 37 da Constituição Federal.

¹⁸ Não pode, por exemplo, a sociedade de economia mista se valer da sua condição de acionista, ainda que minoritária, para fazer com que a empresa público-privada faça doações a campanhas políticas, contrate apadrinhados políticos etc. Jennifer Marchand preconiza assim uma “ética comportamental da empresa com participação pública” (MARCHAND, Jennifer. *Recherche sur le regime des actions et participations financieres publiques*, p. 387).

¹⁹ “É possível o Estado deter menos da metade do capital votante e, ainda assim, ser capaz de exercer sozinho o poder de comando. O controle minoritário tem condições de ocorrer quando as ações de emissão da companhia encontram-se pulverizadas no mercado de capitais, sem que nenhum acionista, salvo o próprio Estado, reúna os votos necessários para aprovar isoladamente as matérias submetidas à assembleia geral, bem como eleger a maioria dos conselheiros de administração, ainda quando se adote o processo de voto múltiplo previsto no artigo 141 da Lei 6.404/76” (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*, p. 343).

Isso não significa que ela tenha o dever de licitar ou de realizar concursos públicos, como se fora uma autêntica sociedade de economia mista, já que seu regime jurídico permanece sendo integralmente o de direito privado.²⁰ Nelas o Estado não tem a maioria do capital votante, critério principal do Decreto-Lei 200/1967 para a conceituação das sociedades de economia mista.

As empresas público-privadas de fato controladas direta ou indiretamente pelo Estado se encontram no meio do caminho entre as sociedades nas quais o Estado sem autorização legislativa possui a maioria do capital votante e as sociedades nas quais o Estado possui apenas a participação minoritária, sem qualquer controle. Como o controle de fato é exercido por entidade da Administração Pública, seus atos devem pelo menos estar orientados pelos princípios que regem a atuação estatal.

Não é muito diferente do que acontece com as parceiras estatais do terceiro setor, entidades privadas, não integrantes da Administração Indireta, que exercem funções de relevância pública recebendo recursos públicos para tanto, trazendo a incidência dos princípios gerais da Administração Pública sobre essas entidades.²¹

Nessa esteira, ainda que não subsista a obrigação de licitar para celebração de contratos, será necessária a realização de alguma forma de procedimento minimamente objetivo na escolha do contratado, respeitando a isonomia, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

A **segunda posição de influência** que o Estado pode ter seria a das **empresas público-privadas em sentido restrito**, em que o Estado tão somente participa minoritariamente do seu capital social, sem exercício do poder de controle, seja no sentido

²⁰ Há precedentes recentes do Tribunal de Contas da União que, baseados no conceito de "influência dominante", alargam a competência da Corte e parte dos ônus peculiares ao regime jurídico administrativo às sociedades em que o Estado, embora detenha participação acionária minoritária, exerça o controle fático dos rumos da companhia. O TCU só tem aplicado esse entendimento, até então, quando existem indícios de que a estatal se valeu propositalmente de uma estrutura societária simulada para evadir-se de obrigações constitucionais impostas às entidades administrativas e do próprio controle externo exercido pelo Tribunal, cf. Acórdão 1344/2015, Rel. Min. André de Carvalho, TCU, Plenário, Data da Sessão: 03.06.2015.

²¹ O Decreto 6.170/2007, que "dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências", estabelece que as entidades privadas, quando da contratação com terceiros utilizando recursos públicos, deverão seguir os princípios de Direito Público, bem como realizar simplesmente cotação de preços de mercado, vejamos: "*Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato*".

do Decreto-Lei 200/1967 (conceito formal de controle, que é que define as sociedades de economia mista), seja no da legislação societária (conceito empírico de controle, que é o presente na primeira posição de influência acima analisada).

Mesmo aqui, **dentro dessa segunda posição**, pode ainda haver **três graduações**: a participação minoritária simples, a participação minoritária qualificada e o controle compartilhado.

A **primeira graduação** seria a da simples participação minoritária, pela qual o Estado apenas detém uma quantidade do capital social votante inferior a 50% e não exerce sobre ela qualquer poder especial além daquelas prerrogativas asseguradas pela legislação societária aos sócios minoritários, conforme sua participação no capital social.²²

Na **segunda graduação** a participação do Estado já se intensifica qualitativamente – daí a chamarmos de participação minoritária qualificada –, quando a Administração (aí incluídas as estatais), malgrado seja minoritária, possui instrumentos especiais de direito societário, como um acordo de acionistas ou uma *golden share*, que lhe dá poderes além dos assegurados a qualquer sócio pela legislação societária, mas sem que deixe de ser um acionista minoritário ou assuma parte do controle da sociedade.

Carlos Ari Sundfeld *et al.*, cuidando de hipótese semelhante, ainda que adotando terminologia diversa, destacam, ao interpretar o art. 24, XXIII, da Lei 8.666/1993,²³ que

“(...) por ‘controlada’ há que se interpretar outra coisa. Trata-se de empresa não estatal cujo capital votante pertença majoritariamente a pessoas físicas ou a empresa não estatal – à iniciativa privada, portanto – e minoritariamente a uma empresa estatal, sendo essa participação minoritária, todavia, *relevante*,

²² “As normas de proteção à minoria, destinam-se, em última análise, a tutelar todos aqueles que não acompanham o grupo de controle. Para resguardar os acionistas em geral contra a atuação dos controladores foram estabelecidos os direitos essenciais (...), bem como matérias para cuja aprovação se exige manifestação unânime (mudança de nacionalidade, transformação da sociedade). Além disso, vários instrumentos de atuação foram postos à disposição dos acionistas minoritários, de modo a assegurar-lhes certos poderes, em alguns casos mediante a titularidade de apenas uma ação, em outros, mediante um percentual mínimo do capital (ora 10%, ora 5%, ora 0,5%). Alguns desses instrumentos de atuação minoritária são extremamente importantes, como, por exemplo: (a) o processo de voto múltiplo; (b) o direito de pedir instalação de conselho fiscal; (c) o direito de eleger, em separado, um membro e respectivo suplente do conselho fiscal; (d) o poder de convocar, em certas circunstâncias, a assembleia geral; (e) a prerrogativa de exigir a exibição integral dos livros da companhia” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*, p. 348-349).

²³ “Art. 24. *É dispensável a licitação: (...) XXIII – na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado*”.

de modo a assegurar à acionista minoritária estatal certo grau de compartilhamento do poder de controle, em regra disciplinado por acordo de acionistas. Essa é a empresa ‘controlada’ para os fins do art. 24, XXIII, da Lei de Licitações. É, em suma, uma *empresa semiestatal*. Veja-se que a participação da empresa estatal na sua ‘controlada’ resulta em mero compartilhamento, mas não em domínio absoluto do controle da empresa investida. Não tem o condão de transformar esta outra numa empresa estatal também – sua ‘subsidiária’ – mas apenas de assegurar influência singular sobre a sua gestão, mantendo-a privada (do setor privado), não estatal. Daí não se tratar de empresa estatal, mas de semiestatal”.²⁴

Especificamente quanto à submissão dessas empresas à dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIII, da Lei 8.666/1993, entendemos que teriam que incidir pelo menos no conceito de “controlada” da legislação societária. Não chegando essa participação societária da estatal a lhe dar o controle, não parece poderem ser beneficiárias da dispensa ali inscrita. Poderiam, a depender de cada caso concreto, ser objeto de inexigibilidade de licitação nos termos do *caput* do art. 25 da Lei 8.666/1993, até porque também militarão em favor desta as sinergias que provavelmente advirão da contratação de uma empresa do grupo econômico da estatal, ainda que sua participação não seja como controladora, e os dividendos que essa contratação irá lhe gerar como sócia e concomitantemente contratante da empresa público-privada.²⁵

A terceira graduação diz respeito ao exercício do controle compartilhado.

“Às vezes um grupo de acionistas se organiza, passando a exercer em conjunto o controle da sociedade. O poder assim ordenado tanto poderá resultar no controle majoritário, como no minoritário. (...) A constituição do grupo de controle encontrará no ‘acordo de acionistas’ o instrumento de sua formalização, mas, em muitos casos, fundar-se-á exclusivamente em uma situação de fato. Ora, basta que alguns acionistas se articulem, em função de determinados interesses comuns, para que acumulem o poder de fogo

²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais. *Revista de direito público da economia*, nº 36, p. 79.

²⁵ É interessante notar, como faz Marçal Justen Filho, ao tratar da participação minoritária do Estado em empresas privadas com fins de fomento, que é legítima tal participação societária com o objetivo de auferir os dividendos decorrentes do aporte de capital estatal, não sendo ilegítimo ao Estado buscar a realização de lucros (JUSTEN FILHO, Marçal. Contornos da atividade administrativa de fomento no direito administrativo brasileiro: novas tendências. *Direito administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*).

consequente à conjugação de suas ações”.²⁶

Aqui, devemos tomar o devido cuidado para não confundir o controle compartilhado, no âmbito de empresas público-privadas, com a mitigação do controle acionário do Estado, fenômeno que vem conferindo maior participação na gestão ao sócio privado minoritário estratégico nas sociedades de economia mista, que eventualmente pode chegar (a nosso ver indevidamente) ao compartilhamento do controle da sociedade de economia mista.

Há uma linha tênue que separa as duas hipóteses, que consiste na posição prévia (antes, teoricamente, da mitigação do poder de controle ou do seu exercício compartilhado) do Estado em relação ao exercício do poder de controle.

Na mitigação do controle acionário estatal sobre sociedades de economia-mista, o Estado ocupa o centro de gravidade do poder de controle, detendo metade mais uma das ações com direito a voto, apenas oportunizando que determinados acionistas particulares participem mais ativamente da gestão da companhia – de modo a atrair maiores investimentos particulares ou se beneficiar da expertise do ator privado. Não se descaracteriza, contudo, o que se trata, nominal e formalmente, de uma sociedade de economia mista.

Ao contrário, o controle compartilhado na empresa público-privada segue o caminho inverso, em que o Estado, acionista minoritário e, portanto, sem qualquer poder de controle, alcança, normalmente via acordo de acionistas, o compartilhamento desse poder com o acionista controlador ou outro minoritário que com ele venha a formar um bloco de controle (por exemplo, estabelecendo que todas as decisões devem ser tomadas por unanimidade entre todos os acionistas).

É preciso atentar, tanto na hipótese de participação minoritária qualificada quanto na de exercício compartilhado do controle (duas últimas gradações acima), para os casos em que, ultrapassando os lindes conceituais e a teleologia dessas modalidades de participação societária, o Estado chega a exercer de fato o controle no sentido da legislação societária, comandando e ditando as diretrizes da empresa público-privada.

Caso isso ocorra, todo esse arcabouço societário possa vir a ser considerado na prática como fraude pelos órgãos de controle, como um subterfúgio em desvio de

²⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*, p. 342.

finalidade para se ter materialmente uma sociedade de economia mista, mas sem precisar se sujeitar às normas procedimentais e de controle a elas aplicáveis, como as de licitações, concursos públicos etc. Materialmente se enquadrarão é na primeira posição de influência acima vista, das empresas público-privadas controladas de fato pelo Estado.

É nessa esteira que afirma Filipe Guedes, em dissertação sobre a participação minoritária do Estado em empresas privadas:

“Ocorre que, na prática, a existência de um efetivo controle compartilhado, com 'paridade absoluta' ou direção conjunta é de difícil verificação. A delimitação desse compartilhamento é tão difícil que, normalmente, o que se observa é que o tal controle compartilhado não é efetivamente compartilhado, pois determinados poderes de um acionista se sobressaem sobre os dos outros, ou seja, sempre pendem com mais força para um dos lados, ainda mais quando observamos que um dos ditos co-controladores é uma pessoa jurídica vinculada ao Estado. Desse modo, o que acaba ocorrendo é que o sócio privado assume o papel de “mero expectador da gestão estatal”, atuando, de fato, como um simples sócio investidor, satisfazendo-se em ter uma participação figurativa no controle e apenas colher os benefícios financeiros de ser parceiro estatal. Nessas hipóteses, é o Estado quem detém a aptidão de comandar, em última instância, as atividades empresariais. Trata-se de verdadeiro controle societário estatal disfarçado, sendo a participação pública minoritária ou paritária no capital da empresa apenas uma forma de burla ao regime jurídico aplicável às sociedades empresárias controladas pela Administração Pública”.²⁷

Nos referimos aos casos concretos em que ficar comprovado que a intenção do Estado seria mesmo controlar formalmente a empresa, tendo 50% mais uma das ações com direito de voto. Porém, sabe que, se assim proceder, a empresa privada passará a ser considerada sociedade de economia mista, sujeita às normas incidentes sobre essa espécie de entidade da Administração Indireta. Opta então por ter uma participação que não chegue a 50%, mas com poderes societários que, de fato, lhe deem os poderes que teria se realmente tivesse a maioria do capital votante.²⁸

²⁷ GUEDES, Filipe Machado. *A atuação do Estado na economia como acionista minoritário: possibilidades e limites*, pp. 176-177.

²⁸ Ilustrativamente, na opinião de Filipe Machado Guedes, “esse parece ser o caso da participação do Banco do Brasil, por meio de sua subsidiária BB Seguridade Participações S.A., em outras empresas dos setores

A nosso ver, ainda que a participação do Estado seja bastante fortalecida por atos negociais societários, para não poder ser cogitada a configuração de um desvio de finalidade, deve haver no máximo o controle compartilhado entre o Estado e o sócio privado. Se chegar a lhe dar o controle propriamente dito da companhia, no sentido empírico da Lei das S.A., passarão a lhe ser aplicados os princípios da Administração Pública.

Feitas essas ressalvas, em quaisquer das três hipóteses da segunda gradação de influência (participação minoritária simples, participação minoritária qualificada e controle compartilhado), o Estado não terá poder de controle sobre a companhia, sendo, quando muito, um minoritário integrante do bloco de controle compartilhado. Nestes casos, observado o exposto acima, não restarão configurados nem o critério objetivo de maioria das ações ordinárias com direito a voto do Decreto-Lei 200/1967, nem o critério material da Lei das S.A., ficando fora de dúvida a natureza privada dessas empresas com participação minoritária estatal.

Com isso, o seu regime jurídico é integralmente o de direito privado, sem os hibridismos das estatais, nem a mitigada aplicação dos princípios da Administração Pública das empresas público-privadas da primeira posição de influência estatal vistas acima, sendo despicienda a licitação, o concurso público e a prestação e controle de contas.

O que não pode ser confundido é a natureza inteiramente privada da empresa com a vontade que os agentes da Administração Pública, geralmente de estatais, manifestarem em seu seio (por exemplo, ao votar em seu conselho de administração), que é uma vontade do Estado ou de uma empresa estatal e, como tal, jamais poderá ser inteiramente livre, como se da vontade de um particular se tratasse.

de seguros, previdência e capitalização. Nessas companhias, o banco estatal, indiretamente, costuma deter 49,99% do capital ordinário e a maioria ou totalidade do capital preferencial. Formalmente, cuida-se de empresas público-privadas de controle compartilhado entre o BB Seguros e Participações S.A. (subsidiária da BB Seguridade) e parceiros privados. Na prática, por meio de acordos de acionistas, disposições estatutárias e outros mecanismos formais e informais de influência, o Banco do Brasil acaba assegurando a preponderância na direção das referidas empresas. Assim, sua participação nessas companhias, como já reconheceu o Tribunal de Contas da União (TCU), ‘constituía, na verdade, a solução de que o Banco do Brasil valera-se para garantir o acesso a novos segmentos de mercado considerados estratégicos e, ao mesmo tempo, evitar o cumprimento da exigência de autorização do Poder Legislativo estampada na Carta Magna para a ampliação do espectro da intervenção estatal na economia’” (GUEDES, Filipe Machado. *A atuação do Estado na economia como acionista minoritário: possibilidades e limites*, pp. 177-178).

4. A ESCOLHA DO SÓCIO PARA A CONSTITUIÇÃO DE EMPRESAS PÚBLICO-PRIVADAS

Outra questão fundamental a ser explorada no tema das empresas público-privadas diz respeito à necessidade ou não de procedimento licitatório prévio à formação da sociedade, seja escolhendo um sócio estratégico na formação de uma nova sociedade, seja alienando-se, mediante autorização legislativa, as ações que garantiam o controle estatal em uma sociedade de economia mista.²⁹

Nos termos adotados pela Lei 8.666/1993, e já classicamente encampados pela doutrina de forma genérica, as contratações diretas, ou seja, sem a prévia realização de licitação, podem se dar em razão de dispensa (art. 24) ou de inexigibilidade (art. 25) do procedimento licitatório.

Na primeira a competição é viável, mas, por razões de conveniência e oportunidade, a lei deixa a realização ou não da licitação ao juízo discricionário da Administração Pública. Tendo em vista este traço fundamental, a dispensa não é obrigatória e os casos nela previstos são taxativos.

Já na inexigibilidade a competição é inviável, fazendo com que a enumeração dos seus casos seja meramente exemplificativa, conforme se depreende da própria letra do *caput* do art. 25 (“*É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial...*”), e que pode contemplar basicamente três situações: só um agente econômico atende às necessidades do ente contratante; não há limitação ao número de possíveis contratados, podendo quantos desejarem aceder ao mesmo contrato; e os casos em que há limitação ao número de possíveis contratados, mas não há critérios objetivos para que se possa proceder a uma escolha entre essa pluralidade de possíveis interessados.

A seleção de um parceiro para a constituição de uma terceira sociedade constitui muitas vezes uma escolha sensível da empresa estatal que busca um “sócio estratégico”,

²⁹ De fato, “o princípio constitucional da licitação, como todas as regras de Direito, não tem valor absoluto, devendo ser coordenado com os outros princípios do mundo jurídico, conforme exposto. Assim, em alguns casos previamente estabelecidos pelo legislador, o princípio da licitação cede espaço ao princípio da economicidade ou ao primado da segurança nacional, ou ainda para garantir o interesse público maior, concernente à necessidade de o Estado intervir na economia. (...) Preliminarmente, cabe obter temperar que a licitação não é o único meio de garantir a efetividade dos princípios da isonomia e da impessoalidade. Segundo, o legislador não pode abrir ao seu talante possibilidades de contratação direta sem acatamento ao princípio da licitação, se não tiver a sustentá-lo outro princípio, também consignado na Constituição Federal” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*, pp. 131-2 e 145).

dotado de *expertise* e de recursos econômicos para ajudar na estruturação e gestão da sociedade. Esse parceiro, como expõe Maria Paula Dallari Bucci, não é um contratado selecionado anonimamente pela Administração, “mas alguém que estabelece com a Administração Pública as condições da relação que irá se travar entre ambos”.³⁰

A atenuação dos poderes do Estado controlador para atração de sócios privados que representem efetivamente um núcleo de poder dentro da sociedade de economia mista pode inclusive ser uma alternativa tanto à simples desestatização, como à estatização pura e simples.³¹

Marcos Augusto Perez explica que

“(…) a venda pura e simples de algumas empresas estatais executoras de atividades econômicas pode trazer algum alento momentâneo às finanças públicas, mas não resolve o problema maior e de fundo, que reside na estrutura funcional da Administração Pública e na operacionalização tradicional de suas relações com os particulares em geral. Daí a revalorização do contrato, em suas variadas formas, como veículo da instituição de um novo perfil da Administração Pública”.³²

Ao celebrar um contrato de sociedade, não se está contratando a realização de uma obra ou de determinado serviço, mas, sim, se associando a um terceiro para com ele dividir as obrigações, riscos e lucros de um negócio, em proporções pré-definidas. O normalmente longo, flexível e complexo processo de negociação que envolve os potenciais interessados em formar uma sociedade é geralmente incompatível com modelos estanques e procedimentalizados de seleção, ou seja, quando não forem possíveis critérios objetivos de seleção.³³ Tanto é assim que, mesmo grandes aquisições empresariais entre agentes inteiramente privados, as negociações seguem termos bem

³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 27.

³¹ CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. *Investimento das empresas estatais e endividamento público*, pp. 82-83.

³² PEREZ, Marcos Augusto. *Desestatização e contrato: o contrato como técnica de remodelação da atuação estatal*.

³³ De acordo com Marçal Justen Filho, quando “existem diferentes alternativas, mas a natureza personalíssima da atuação do particular impede o julgamento objetivo. É impossível definir com precisão uma relação custo-benefício. Ainda que seja possível determinar o custo, os benefícios que serão usufruídos pela Administração são relativamente imponderáveis. Essa incerteza deriva basicamente da natureza subjetiva da avaliação, eis que a natureza da prestação envolve fatores intelectuais, artísticos, criativos e assim por diante. Não há critério de julgamento para escolher o melhor. Quando não houver critério objetivo de julgamento, a competição perde o sentido” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 273).

fluidos e geralmente secretos.

A *affectio societatis* aqui não pode ser vista como no Direito Privado, em que, no limite, uma mera simpatia pessoal entre os parceiros é apta a ensejar a sua configuração. A presença do ente público na relação societária faz incidir a principiologia de sede constitucional que rege a atuação administrativa, que não admite obviamente a preponderância de subjetivismos pessoais na gestão da coisa pública.

A *affectio societatis* no Direito Administrativo Econômico deve ser compreendida como uma afinidade empresarial não objetivamente aferível, que leve a uma otimização comercial, que não comporte critérios objetivos de seleção licitatória. O parceiro estratégico por vezes não pode ser comparado a um produto cujas características desejáveis possam ser objetivamente descritas para possibilitar a competição entre diversos interessados. Outros casos concretos haverá, no entanto, como veremos ao final deste tópico, em que a posição de sócio pode perfeitamente ser selecionada por critérios objetivos.

De qualquer forma, mesmo quando diante dessas hipóteses, a escolha tem que ser justificada à luz de parâmetros societários e mercadológicos, como a prévia *expertise* do parceiro privado em determinado ramo de atividade ou a vantajosidade econômica do negócio frente a outras alternativas,³⁴ constituindo uma hipótese de inexigibilidade de licitação por falta de critérios objetivos de escolha do particular.³⁵

³⁴ É como pensava o saudoso Marcos Juruena Vilella Souto: “A confiança legítima, a identidade de objetivos e de propósitos, não são licitáveis (...) Afinal, não está em jogo apenas o maior aporte de recursos financeiros em favor da sociedade; entram em questão outros aspectos relacionados ao capital como a questão política e a estratégia comercial e o *know how*, os parceiros que aquele sócio traz, à experiência, ao domínio de uma tecnologia ou de um determinado mercado, etc., que constituem manifestações do capital no mundo moderno” (SOUTO, Marcos Juruena Vilella. *Direito administrativo em debate*, p. 156).

³⁵ “À vista dos dispositivos constitucionais e legais aplicáveis, e pela própria natureza das coisas, não é exigível e, normalmente, não é possível a realização de licitação para seleção de parceiro em um consórcio ou associação. (...) Sem desprezo ao princípio da moralidade e com ênfase no dever de eficiência imposto ao administrador público, hipóteses existem em que, precisamente para cumprir a Constituição, não se deverá proceder à licitação, sob pena de tolher-se a Administração e frustrar seus fins. Admite-se, assim, na própria cláusula inicial do inciso XXI do art. 37, situações de contratação direta, desde que especificadas na legislação. A Lei 8.666, de 21.06.93, integra o comando constitucional enunciando as hipóteses em que é possível a *dispensa de licitação* – figura legal que permite ao administrador, nos casos preestabelecidos, deixar de lado a realização do certame público, por conveniência e oportunidade (art. 24) – e as de *inexigibilidade de licitação*, por inviabilidade de competição (art. 25). (...) A afinidade que se pretende com a associação é que vai definir a melhor parceria, e não a licitação, que, frise-se, não é o único meio de se atingir a moralidade e a eficiência na contratação. No caso, ocorreria uma espécie de inexigibilidade de licitação, já que há inviabilidade de se aferir, com os critérios objetivos inerentes à licitação, a proposta que melhor se adequará, ou terá maior afinidade com o que se pretende em face das diretrizes traçadas. Afinal, só existe viabilidade no certame se a competição envolve homogeneidade de bens e parâmetros objetivos

Essa foi a diretriz adotada pelo Estatuto das Estatais, apenas com a nomenclatura de licitação dispensada – e não inexigível, como entenderíamos mais correto tecnicamente. Em seu art. 28, § 3º, II, declara que as empresas públicas e as sociedades de economia mista ficam dispensadas de fazer licitação “*nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo*”.

Sobre a possibilidade de a empresa estatal escolher parceiro para associações e parcerias sem licitação, já decidiu o Tribunal de Contas da União – TCU, em caso envolvendo a Petrobras,

“(…) a) não existir irregularidade ou impedimento para que a Petrobras celebre ou venha a celebrar contratos de parceria ou associação com outras empresas; b) que tais contratos representam legítima ação estratégica da Companhia Estatal na ramificação e, paralelamente, verticalização de suas atividades, de modo a obter maior sinergia para seus investimentos e maior valor agregado para seus produtos, permitindo ganho de escala e maximização do resultado, além do preço final competitivo”.³⁶

de aferição” (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*, pp. 412-413 e 417). Também nesse sentido, Rafael Wallbach Schwind: “A parcela da doutrina que defende a obrigatoriedade irrestrita de licitação parte de pressupostos corretos. Baseia-se na aplicação dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade e eficiência como fundamento para que se realize um procedimento licitatório prévio – o qual daria aplicação a esses princípios. De fato, é inequívoco que tais princípios devem ser observados em qualquer contratação pública, inclusive para a constituição de uma empresa público-privada. Contudo, não se pode inferir daí que a escolha de um sócio privado pelo ente estatal deverá, em qualquer caso, ser precedida de um procedimento licitatório”. O autor destaca ser “necessário considerar que a licitação não é o único procedimento capaz de dar cumprimento aos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade e da eficiência. Outros procedimentos seletivos também são aptos à aplicação desses princípios, mesmo que não consistam em verdadeiros procedimentos licitatórios (com a publicação de um edital, o estabelecimento de um prazo para a apresentação de documentação e propostas, e assim por diante). (...) Além da possibilidade de realização de um procedimento seletivo mais simplificado, é importante reconhecer que as próprias hipóteses de dispensa e inexigibilidade consistem na aplicação dos princípios que regem a Administração Pública. Isso porque, de modo geral, as contratações diretas devem ser precedidas de um processo administrativo, no qual se justificarão os critérios invocados para a dispensa ou a inexigibilidade. Assim, ainda que haja inviabilidade de competição, os princípios da Administração Pública são atendidos mesmo que não haja um procedimento licitatório prévio. Algo semelhante pode se dar também na constituição de uma empresa público-privada. Em razão dos objetivos buscados pelo Estado no emprego da técnica acionária, poderá se verificar que apenas determinada pessoa privada terá condições (técnicas, econômicas etc.) de integrar a sociedade” (SCHWIND, Rafael Wallbach. *Participação estatal em empresas privadas: as “empresas público-privadas”*, pp. 216-218).

³⁶ Decisão 803/1998, Plenário.

Similarmente, esse posicionamento encontra respaldo na doutrina italiana, na esteira do pensamento de Lucia Cimellaro:

“(…) se questiona, todavia, se tais regras [de licitação] comportam exceções, e, sobretudo, se através das múltiplas operações societárias cogitáveis, que envolvem a circulação de ações – e que à luz do direito societário pressupõem a tratativa direta – não se possa em alguns casos superar as limitações postas pelas normas publicistas de licitação. (...) Quando, sobretudo, sejam operações que criem sinergia ou modelos ótimos, e que atendam melhor à persecução do interesse público na medida em que não sejam aqueles ordinários, que sairiam normalmente de um procedimento licitatório. (...) Em outras palavras, o recurso à tratativa direta não pode ser excluído, ainda que admissível apenas quando o fim perseguido pelo ente público não possa ser alcançado mediante os procedimentos ordinários de licitação pública. (...) A operação teria, assim, o caráter de infungibilidade e de singularidade que naturalmente exigirá uma específica e adequada motivação. A possibilidade de se ter uma maior liberdade contratual no seio da sociedade estatal deveria, portanto, ser reconhecida quando peculiaridades organizativas e objetivos econômicos de longo prazo demonstrem a adequação exclusiva da outra parte, como o único interlocutor possível para a realização daqueles objetivos específicos”.³⁷

Fixadas essas premissas, devemos repisar que nem em todas as hipóteses de formação de empresas público-privadas a realização de procedimento licitatório será inviável. Seria o caso, por exemplo, em que a participação minoritária vem associada a um outro contrato, geralmente de delegação (PPP, concessão com constituição de SPE etc.), que a formação de sociedade em si é acessória ao contrato principal de delegação; é mero instrumento de operacionalização deste contrato de concessão, para o qual, quase sempre, há critérios objetivos perfeitamente aferíveis de escolha do interessado que deve vencer o certame.

Em casos tais, em que a participação minoritária da estatal é meramente instrumental, ela em geral atua também como reguladora endógena ou intrassocietária (caso das recentes licitações de concessões de aeroportos, em que a Infraero tem participação minoritária na concessionária, com determinados poderes especiais

³⁷ CIMELLARO, Lucia. Alcune Note in tema di libertà contrattuale dele società pubbliche. *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo*, pp. 127-129.

estabelecidos em acordo de acionistas),³⁸ sendo perfeitamente possível a licitação para a escolha do sócio. Porém, quando a estatal estiver finalisticamente buscando a realização do seu próprio objeto social através de uma empresa participada, a escolha do sócio, poderá não se acomodar em critérios objetivos.

Mas deve-se estar atento em cada caso concreto para que a criação de uma parceria societária na verdade não encubra um verdadeiro contrato com o sócio privado. A possibilidade de os órgãos de controle aceitarem a escolha de um sócio sem licitação pode levar gestores públicos a dar forma jurídica de sociedade a contratos que economicamente são, por exemplo, de mera prestação de serviços.³⁹

Para que se demonstre de antemão não haver desvios na escolha da forma de parceria societária, mister se faz explicitar as razões pelas quais é necessária a formação de uma parceria societária com a empresa privada.

³⁸ O Item 5.3 do Anexo 23 do Edital de Concessão dos Aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília, que cuida da Minuta do Acordo de Acionistas a ser celebrado entre as partes, previa o seguinte: “5.3. As Partes concordam em exercer seus direitos de voto e a atuar de forma a assegurar que nenhuma ação ou decisão seja realizada com relação às seguintes matérias sem que haja o consentimento expresso e por escrito da INFRAERO, o que se dará por meio de deliberação dos seus representantes, na Assembléia Geral ou no Conselho de Administração, conforme a matéria a ser deliberada, sendo que qualquer manifestação de veto por parte da Infraero deverá ser devidamente justificada: a. qualquer alteração no Capital Social autorizado, ou a redução do Capital Social; b. qualquer alteração do Estatuto Social da Concessionária, com exceção das alterações decorrentes de aumento de capital social; c. qualquer decisão de liquidação da Concessionária, com exceção da hipótese descrita na cláusula 2.1 (c); d. a formação de qualquer parceria, consórcio, joint venture ou empreendimento similar; e. qualquer operação de fusão, cisão, transformação, incorporação de ações, cisão parcial, da Concessionária; f. a nomeação ou a troca da entidade responsável pela realização de auditoria externa da Concessionária; g. a venda, transferência ou alienação de ativos da Concessionária, seja por meio de uma única operação ou por uma série de operações, inter-relacionadas ou não, exceto pela alienação de ativos não mais necessários ou úteis na condução dos negócios da Concessionária pelo seu justo valor de mercado; h. a contratação de qualquer Endividamento que não seja vinculado à realização dos investimentos previstos no Plano de Exploração Aeroportuária (PEA); i. celebração de qualquer contrato, acordo, arranjo ou compromisso com qualquer Parte Relacionada dos Acionistas do Acionista Privado, ou alteração ou aditamento de qualquer deles, salvo se em termos e condições de mercado”. Disponível eletronicamente em: <<http://www2.anac.gov.br/GRU-VCP-BSB/>>. Acesso em: 04 out. 2015.

³⁹ Esta foi a conclusão a que chegou o TCU no Processo 033.668/2012-4, de relatoria do Min. Bruno Dantas. Adotando a mesma linha de decisão em caso similar, mas no qual sequer havia participação societária, mas poder de influência e responsabilidade real por parte da estatal, o Processo do TCU nº TC 006.232/2008-8: “A Petrobras, apesar de não ter nenhum vínculo societário com esta SPE, estará obrigada a saldar suas dívidas, em quaisquer eventos de inadimplência quanto aos financiamentos feitos junto ao BNDES, por conta de dispositivo no contrato de opção de compra e venda celebrado entre a Gasene Participações Ltda. (SPE controlada indiretamente pela Petrobras), Transportadora Gasene S.A (SPE), a Petrobras (Petróleo Brasileiro S.A.) e o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), este como principal agente financiador do projeto. Além disso, a Transportadora GASENE S.A. outorgou à Petrobras, por instrumento de procuração, todos os deveres, responsabilidades e obrigações relativas aos contratos do gasoduto Cacimbas-Catu, à exceção da realização de pagamentos”. Apenas com o acesso a todos os detalhes de cada caso concreto se pode emitir juízo sobre as questões abordadas.

Hão de ser demonstrados fatores como a necessidade de cooperação continuada, a conjunção empresarial de esforços, o aprendizado de *know-how*, a transferência de tecnologia etc. que impliquem, ainda que revestida de elevado grau de discricionariedade administrativo-negocial, a razoabilidade da decisão de se fazer uma parceria societária e não a celebração de um vínculo meramente contratual.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENSOUSSAN, Fábio Guimarães. *A participação do estado na atividade empresarial através das “golden shares”*. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito Milton Campos, 2006. Disponível em <<http://www.mcampos.br/POSGGRADUACAO/Mestrado/dissertacoes/fabioguimaraesbensoussanatividadeempresarialoatravesdasgoldenshares.pdf>>. Acesso em 04.10.2015.

_____. *Intervenção estatal na empresa privatizada: análise das “golden shares”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. *Investimento das empresas estatais e endividamento público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CIMELLARO, Lucia. Alcune Note in Tema di Libertà Contrattuale dele Società Pubbliche. *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo*. Vittorio Domenichelli (a cura di). Itália: CEDAM, 2008.

FARIAS NETO, Pedro Sabino. *Gestão efetiva e desestatização: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1994.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FERRAZ, Luciano. Além da sociedade de economia mista. *Revista de direito administrativo*, v. 266. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: regime jurídico das tradicionais e novas formas de atuação empresarial do estado na economia brasileira*. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2012.

GUEDES, Filipe Machado. *A atuação do Estado na economia como acionista minoritário: possibilidades e limites*. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. Contornos da atividade administrativa de fomento no direito administrativo brasileiro: novas tendências. *Direito administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello, Sérgio Ferraz, Silvio Luís Ferreira Rocha e Amauri Feres Saad (coord.). São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MARCHAND, Jennifer. *Recherche sur le regime des actions et participations financières publiques*. Paris: LGDJ, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Breves notas sobre as modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico em momentos de crise. *Revista de direito administrativo contemporâneo*, v. 15.

PEREZ, Marcos Augusto. *Desestatização e contrato: o contrato como técnica de remodelação da atuação estatal*. Disponível em: <<http://www.manesco.com.br/artigo.asp?id=39>>. Acesso em 04.08.2015.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal: Função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de direito público da economia*, nº 15, 2006.

RODRIGUES, Bruno Leal. Formas de associação de empresas estatais. Acordo de acionistas, formação de consórcios e participação em outras empresas. *Direito*

administrativo empresarial. Marcos Juruena Vilella Souto (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *Golden Share: as empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto acionista minoritário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Participação estatal em empresas privadas: as “empresas público-privadas”*. Tese apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari, SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais. *Revista de direito público da economia*, nº 36. Belo Horizonte, 2011.

TRAVASSOS, Fernando C. *As vantagens de uma empresa público-privada*. Valor Econômico, publicado em 21 de agosto de 2007.