



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD
Programa de Mestrado em Direito

IGOR MOURA MACIEL

**A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS ESTATAIS
BRASILEIRAS**

O controle dos atos de gestão pelos Tribunais de Contas

Brasília - DF

2017

IGOR MOURA MACIEL

**A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS ESTATAIS
BRASILEIRAS**

O controle dos atos de gestão pelos Tribunais de Contas

Dissertação apresentada como requisito parcial para a
obtenção do grau de Mestre em Direito do programa de
Mestrado do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz

Brasília - DF

2017

MACIEL, Igor Moura.

A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS ESTATAIS BRASILEIRAS: o controle dos atos de gestão pelos Tribunais de Contas. Brasília: Igor Moura Maciel, 2017.

130 f.

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do programa de Mestrado do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz.

Introdução; 1. A construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação do regime jurídico de direito público às empresas estatais; 2. A construção jurisprudencial do Supremo quanto ao controle dos atos das estatais pelos Tribunais de Contas; 3. O novo marco regulatório das estatais e a impossibilidade do controle dos atos de gestão pelos Tribunais de Contas: limites de atuação dos órgãos de controle externo; Conclusões.

IGOR MOURA MACIEL

**A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS ESTATAIS
BRASILEIRAS**

O controle dos atos de gestão pelos Tribunais de Contas

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do programa de Mestrado do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz

Brasília, ____ de _____ de 2017

Banca Examinadora

Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz - Orientador

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy - Centro Universitário de Brasília –
UniCeub

Prof. Dr. Marlon Tomazette - Membro Externo

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho para a minha família que tanto sacrificou tempo e presença em prol da sonhada conclusão do curso de Mestrado. Serei eternamente grato pelos sacrifícios que juntos enfrentamos.

Para vocês, Laysa, Arthur e Luciana, razão diária da minha dedicação e esforço.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores do curso de Mestrado do UNICEUB com quem tive a honra de partilhar conhecimento.

Agradeço, em especial, ao Professor Dr. Daniel Amin, meu orientador, com quem as diversas divergências de entendimento favoreceram a construção do pensamento crítico que culminou no presente texto.

RESUMO

As empresas estatais brasileiras sempre foram objeto de intenso debate e controvérsia no seio da doutrina e dos tribunais. Isto porque são companhias constitucionalmente previstas para atuarem segundo as regras do direito privado no exercício de atividades econômicas. Todavia, a opção do legislador por esta forma de atuação nem sempre fora a mais acertada gerando diversas companhias inoperantes e ineficientes, com um alto grau de endividamento e baixos resultados financeiros. Surgira, então, uma paulatina construção jurisprudencial para aplicação das regras de direito público, a exemplo de imunidade tributária e pagamento de execuções sob o regime de precatório, às companhias originalmente criadas para atuarem sob a égide do direito privado. A diferença básica a ser traçada entre as companhias fora em razão da atividade desempenhada, se prestadoras de serviços públicos ou exercentes de atividade econômica como caracterizador de sua natureza jurídica. Aquelas estariam abrangidas no conceito de fazenda públicas e gozariam de todos os benefícios e privilégios à Administração Pública aplicáveis. Consequência deste tratamento público às estatais destaca-se a necessidade de controle dos atos das companhias pelos órgãos de controle externo, em especial pelos Tribunais de Contas que, segundo mais recente posição do Supremo Tribunal Federal, possuem competência para fiscalizar os atos das empresas públicas e sociedades de economia mista. O presente trabalho procura, então, discutir os limites desta atuação quanto ao controle dos atos de gestão dos administradores de empresas estatais brasileiras, analisando-se, em especial, a possibilidade de alteração da jurisprudência ante a edição da Lei 13.303/2016, novo marco regulatório denominado de estatuto jurídico das empresas estatais.

Palavras-Chave: Administração; empresas estatais; controle; tribunal de contas; atos de gestão.

ABSTRACT

Brazilian state-owned enterprises have always been the subject of intense debate and controversy within doctrine and the courts. This is because companies are constitutionally foreseen to act according to the rules of private law in the exercise of economic activities. However, the legislator's option for this form of action was not always the right one, generating several inefficient companies with a high degree of indebtedness and low financial results. There was then a gradual construction of jurisprudence for the application of rules of public law, such as tax immunity and payment of executions under the precatory regime, to companies originally created to act under the aegis of private law. The basic difference to be drawn between the companies was due to the activity performed: if they provided public services or exercising economic activity as a characterization of their legal nature. Those would be considered under the concept of public finances and would enjoy all the benefits and privileges applicable to the Public Administration. The consequence of this public treatment of state companies is the need to control the acts of companies by external control bodies, in particular the Courts of Accounts, which, according to the latest position of the Federal Supreme Court, have jurisdiction to review the acts of public companies and Mixed-capital companies. The present work seeks to discuss the limits of this action regarding the control of the acts of management of Brazilian state-owned companies, especially analyzing the possibility of changing the jurisprudence before the edition of Law 13303/2016, new legal framework of Brazilian state-owned enterprises.

Keywords: Management; State-owned enterprises; control; Federal Audit Court; management acts.

SUMÁRIO

Introdução	12
Capítulo 1. A construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação do regime jurídico de direito público às empresas estatais	23
1.1. Estudo de Caso – A posição do Supremo no ARE 638315: a extensão de imunidade tributária às empresas estatais.....	28
1.2. Estudo de Caso – A posição do Supremo no RE 627242: a extensão do regime de pagamento por precatório às empresas estatais	34
1.3. Fundamentação Teórica	40
1.4. Reflexão sobre o posicionamento do Supremo.....	43
1.4.1.A indefinição do conceito de serviço público: impossibilidade de utilização deste para definição da natureza jurídica da companhia	44
1.4.2.A indefinição da análise da atividade da companhia que possui mais de um objeto social	48
1.4.3.A impossibilidade de utilização do critério lucro como definidor do objeto social	50
Capítulo 2. A construção jurisprudencial do Supremo quanto ao controle dos atos das estatais pelos Tribunais de Contas	55
2.1. Estudos de Caso – A posição inicial do Supremo no MS 23.627 e no MS 23.875	56
2.2. Estudo de Caso – A revisão do entendimento e a posição do Supremo no MS 25.181 e no MS 25.092.....	61
2.3. Fundamentação Teórica	67

2.4. Reflexão sobre o posicionamento do Supremo.....	70
2.4.1. O interesse público como elemento justificador da atuação dos Tribunais de Contas.....	72
2.4.2. A má administração das empresas estatais como elemento justificador da atuação dos Tribunais de Contas: a escolha dos administradores com base em critérios exclusivamente políticos.....	75
2.4.3. A ausência de balizas na atuação dos órgãos de controle: o engessamento na atuação das companhias como consequência do entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	82
Capítulo 3. O novo marco regulatório das estatais e a impossibilidade do controle dos atos de gestão pelos Tribunais de Contas: limites de atuação dos órgãos de controle externo	87
3.1. A definição do âmbito de aplicação da Lei 13.303/2016.....	90
3.2. O novo procedimento de escolha dos administradores	91
3.3. O administrador das estatais e o dever de diligência.....	93
3.4 A responsabilização dos administradores das estatais.....	97
3.4.1. A responsabilidade por culpa ou dolo e por violação à lei ou ao estatuto...99	
3.4.2. O business judgment rule como hipótese de exclusão da responsabilidade do administrador	100
3.5. Os mecanismos de controle das estatais	102
3.6. A definição de ato de gestão na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	
105	
3.6.1. A natureza pública dos procedimentos licitatórios	107
3.6.2. A natureza pública dos concursos públicos	108

3.6.3. A aplicação de penalidade contratual como ato de gestão	109
3.6.4. A alteração de plano de saúde de empregado como ato de gestão	111
3.7. Reflexão sobre a (des)necessidade de revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	111
Conclusões.....	114
Referências	122

Introdução

As empresas estatais¹ são instrumentos utilizados pelo poder público para intervenção direta na ordem econômica, seja para o desenvolvimento de determinada atividade desinteressante para a iniciativa privada, seja para a execução de políticas públicas ou, ainda, para atuação em área de interesse estatal.

O grau de utilização de empresas estatais para atuação no mercado depende do sistema político e do estágio de desenvolvimento econômico do Estado, eis que em economias capitalistas e economicamente desenvolvidas, o pensamento liberal defende tal forma de atuação apenas em setores de baixa concorrência para se evitar a atuação monopolista pelo setor privado².

Por outro lado, em países em desenvolvimento, a utilização da empresa estatal ocorre normalmente na execução de projetos de infraestrutura, cujo volume de recursos a ser despendido e o baixo retorno financeiro imediato costumam não ser atrativos para a iniciativa privada. A intervenção estatal surge, então, como forma de viabilizar o desenvolvimento estrutural da economia, tornando-a mais atrativa para investimentos privados nas demais áreas.

No Brasil, a origem do investimento público através de sociedades empresárias remonta ao ano de 1808 com a criação, pela Coroa Portuguesa, do Banco do Brasil. Contudo, foi a partir da década de 40 que a linha intervencionista e nacionalista implementada por Getúlio Vargas ganhou traços mais marcantes na área objeto do presente estudo.

Os investimentos das empresas estatais brasileiras visavam exatamente suprir áreas de desinteresse do mercado privado e necessárias ao desenvolvimento nacional.

¹ No presente trabalho considera-se empresa estatal o gênero, cujas espécies são empresas públicas e sociedades de economia mista, conceitos oportunamente analisados no decorrer do texto.

² PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

Áreas estratégicas como a siderurgia, o setor elétrico, o setor petrolífero e as ferrovias necessitaram de aporte de capital estatal, dados os altos investimentos necessários, bem como a baixa rentabilidade inicial e o provável longo prazo de retorno.

No início do século XX, as circunstâncias políticas e econômicas vigentes exigiram a participação direta do Estado na economia, seja para iniciar o processo de desenvolvimento industrial ou para superar crises agudas e reorganizar setores da atividade produtiva³.

A Constituição Federal de 1988 manteve a possibilidade de a Administração explorar diretamente atividade econômica. Segundo o artigo 173, poderá o Estado utilizar-se de empresas estatais, quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo⁴.

Tais empresas podem ser constituídas sob a forma de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, conforme definido no parágrafo 1º, do referido dispositivo constitucional. E, tanto a redação original da Constituição Federal de 1988 como as alterações trazidas pela Emenda Constitucional 19/98 definiram a necessária submissão de tais entes ao regime jurídico privado (artigo 173, parágrafo 1º, inciso II)⁵.

³ PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 40.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 21 abr. 2017. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

⁵ *Idem*. Artigo 173. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) **II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)** III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) **(Grifos do Autor)**.

A questão em torno das estatais tomou contornos ainda mais relevantes com a onda de privatizações promovidas pelo governo brasileiro na década de 1990. A política neoliberal então adotada percebia tal empresa como um ente ineficiente, com baixa competitividade e pouca possibilidade de inovação tecnológica.

Além disso, os fracos resultados financeiros obrigavam o Estado a cobrir os déficits orçamentários com recursos que, a princípio, já estariam destinados à promoção de políticas públicas outras. Diversas empresas estatais foram, então, privatizadas e uma nova mentalidade deveria ser imposta às que ainda permaneciam sob o controle público: este o objetivo da Emenda Constitucional 19/98⁶.

O parágrafo 1º, do artigo 173, da Constituição Federal fora consideravelmente alterado, sendo certo que, em sua essência, as empresas públicas continuaram sujeitas ao regime privado, mas seria necessária uma lei para regular a sua submissão aos princípios da Administração Pública.

O texto constitucional passou a exigir, ainda, regras para constituição e funcionamento dos conselhos de administração, bem como para avaliação de desempenho e responsabilidade dos administradores. A ideia, portanto, foi dar um dinamismo maior às contratações em oposição, por exemplo, às rígidas regras da Lei de Licitações aplicável à Administração Direta (Lei 8.666/93)⁷.

Ao mesmo tempo, o Constituinte conferiu significativa importância aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da legalidade e da publicidade, dado que o artigo 37 determinou a necessidade de obediência a estes por todos os entes da administração direta, indireta ou fundacional de quaisquer dos poderes⁸.

⁶ BRASIL. Emenda Constitucional 19 de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em 18 abr. 2017.

⁷ BRASIL. Lei 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. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em 18 abr. 2017.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em 13 abr. 2017. Artigo 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União,

Percebe-se uma aparente incoerência no próprio texto constitucional: ao tempo que exige o tratamento privado da empresa pública, mormente para dar um maior dinamismo e competitividade à atuação empresarial, estabelece como necessária a submissão do Administrador aos princípios da legalidade e da impessoalidade, naturalmente engessadores da atividade.

Para a doutrina clássica, não há vontade pessoal do Administrador Público eis que este tem sua atuação jungida à autorização legal, sendo certo que “enquanto na administração particular é lícito fazer o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”⁹.

Ora, se na estrutura da administração brasileira, as empresas públicas estão inseridas na Administração Indireta¹⁰, a gestão privada de tais entes encontra barreiras praticamente intransponíveis na máxima administrativa supracitada. Isto porque na busca da efetivação dos princípios constitucionais encartados no artigo 37, necessário ao Administrador Público o estabelecimento de ritos burocráticos para garantir a ausência de liberdade pessoal em prol de um suposto interesse público¹¹.

Ocorre que a opção do Constituinte por permitir a constituição de entes privados pela Administração possui um deliberado intento de despublicizar a atuação empresarial gerando uma maior facilidade na resposta da pessoa jurídica aos anseios e às crises do mercado. A ideia é exatamente retirar a estratificação da atuação que resulta da opção legislativa em se criar, por exemplo, uma Autarquia ou uma Fundação.

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 78.

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em 13 abr. 2017. Art. 4º A Administração Federal compreende: [...] II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista. d) fundações públicas.

¹¹ O interesse público na visão de Edilson Nobre Júnior decorre da necessidade de se atingir o interesse geral da coletividade, fator que legitima a função estatal e a movimentação de uma estrutura de gestão para tanto. *In*: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Direito administrativo contemporâneo: temas fundamentais. Salvador/BA: Juspodvm, 2016, p. 45.

Assim, acaso o desejo seja pelo regime jurídico de direito público, com todas as restrições e controles consecutórios, poderá o legislador ordinário optar pela criação de uma Autarquia ou uma Fundação Pública. Todavia, acaso legislador pretenda pautar a atuação do novo ente pela dinamicidade e o afastamento das imposições publicistas, poderá optar pela criação de uma empresa estatal, com personalidade jurídica de direito privado.

No entanto, a realidade das empresas estatais brasileiras tem demonstrado uma total falta de zelo do legislador quanto à opção pela atuação estatal por meio de tais companhias. Não raros são os exemplos de estatais com péssima gestão financeira sendo salvas pelo ente político para mensalmente adimplirem seus compromissos.

Esta dificuldade enfrentada aliada à desconfiança da doutrina clássica quanto à aplicação do regime jurídico privado a pessoas jurídicas concebidas sob o manto do poder público criaram um entendimento jurisprudencial no sentido de se distinguir as empresas estatais que exercem atividade econômica daquelas que prestam serviços públicos.

A distinção conceitual gerara reflexos no campo da natureza jurídica de tais entes: se pessoas jurídicas constituídas com o fim exclusivo de prestar serviços públicos, não devem ser consideradas da mesma forma que as estatais que exercem atividade econômica e competem no mercado com outros entes privados.

A companhia prestadora de serviços públicos fora concebida como uma derivação da própria atividade estatal constitucionalmente prevista. E, exatamente por isto, não tem esta estatal o intuito lucrativo e a intenção de partilhar dividendos entre seus acionistas. A ela deve ser aplicada, portanto, o regime jurídico de direito público, dada sua atuação ser direcionada exclusivamente para o exercício de um *múnus* público.

A definição da natureza jurídica das estatais seria feita, portanto, com base nas atividades por ela desenvolvidas¹², sendo irrelevante a constituição da empresa

¹² MUKAI, Toshio. O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168.

estatal e o manifesto intuito depublicizador do Constituinte e do legislador que autorizara a criação da companhia.

Natural consequência de se considerar toda e qualquer estatal prestadora de serviço público como sujeita ao regime jurídico de direito público fora uma maior ingerência do controle e fiscalização das companhias estatais pelos Tribunais de Contas.

O artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal estabelece que tanto as pessoas jurídicas de natureza pública quanto as privadas que utilizem, guardem gerenciem ou administrem bens e valores públicos ou pelos quais a União responda necessitam prestar contas¹³.

Já o artigo 71, inciso II, da Constituição, prevê a competência do Tribunal de Contas para julgar as contas de administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, inclusive aqueles de fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público¹⁴.

Referidos dispositivos foram regulamentados pela Lei 8.443/92 que reforçara a necessidade de controle de bens e valores públicos, definindo, em especial, a abrangência do controle pelos Tribunais de Contas, quanto à atividade dos administradores de empresas estatais.

O artigo 5º, inciso IX, da referida norma, possui especial relevância para o presente trabalho, eis que estabeleceu abranger a jurisdição do Tribunal de Contas o controle da prática pelos representantes do Poder Público na Assembleia Geral das

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 29 abr. 2017. Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁴ *Idem*. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

empresas estatais e sociedades de economia mista quanto à prática de atos de gestão ruínosa ou liberalidade praticados às custas das respectivas sociedades¹⁵.

A questão que se faz, portanto, é: quais os limites da atuação dos Tribunais de Contas quanto aos atos praticados pelos administradores das empresas estatais?

Instado a se manifestar sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal traçou duas posições bastante distintas: de um lado a corrente adotada quando do julgamento do Mandado de Segurança de número 23.627, Relatoria para Acórdão do Ministro Nelson Jobim e de outro o entendimento firmado no julgamento do Mandado de Segurança de número 25.181, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello¹⁶.

No primeiro julgamento, entendeu o Supremo Tribunal Federal que não se sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas da União, o administrador de empresas públicas ou sociedades de economia mista, entidades de ente privado da Administração Pública. Assim, diferem-se tais gestores dos administradores de bens do Estado.

A exceção – conforme o julgado – seria apenas quanto a questões que envolvam bens, dinheiro e valores públicos, bem como atos de administração que causem prejuízos ao erário.

¹⁵ BRASIL. Lei 8.443 de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm. Acesso em 29 abr. 2017. Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: IX - os representantes da União ou do Poder Público na Assembléia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruínosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.

¹⁶ MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO - CONSULTOR JURÍDICO - SUSTENTAÇÃO DA TRIBUNA. Versando o mandado de segurança ausência de atribuição do Tribunal de Contas da União, cabível é a sustentação da tribuna pelo consultor jurídico do Órgão. MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - CHAMAMENTO AO PROCESSO DAS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO - INADEQUAÇÃO. A previsão do artigo 49 da Constituição Federal - de cumprir ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta - não atrai a participação do Poder Legislativo na relação processual de mandado de segurança impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - FISCALIZAÇÃO. Ao Tribunal de Contas da União incumbe atuar relativamente à gestão de sociedades de economia mista. Nova inteligência conferida ao inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, ficando superada a jurisprudência que veio a ser firmada com o julgamento dos Mandados de Segurança nºs 23.627-2/DF e 23.875-5/DF. (MS 25181, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2005, DJ 16-06-2006 PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00131)

Contudo, em uma mudança de entendimento, o segundo julgado apresentado, passou a permitir o controle dos atos de administradores de empresas estatais pelos Tribunais de Contas, ainda que seus servidores estejam submetidos a regime jurídico de direito privado. Trata-se de julgamento ocorrido no ano de 2005 e que parece demonstrar – até o momento – a posição da Corte Suprema.

Ocorre que a edição da Lei 13.303/2016 trouxe – após quase duas décadas da edição da Emenda Constitucional 19/98 – a regulamentação do estatuto jurídico das empresas estatais brasileiras¹⁷. Destaca-se, como relevante para o objeto de estudo deste trabalho, a aplicação das regras de direito privado quanto à gestão da companhia, as regras para escolha dos administradores e os limites da ingerência dos órgãos de controle previstos no texto legal.

Pretende-se com este trabalho analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à natureza jurídica das empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como os impactos desta definição na possibilidade do controle dos atos de administradores de tais companhias pelos Tribunais de Contas.

Inicialmente analisar-se-á dois julgados da Corte Suprema que em momentos distintos reconheceram a aplicação do regime jurídico de direito público a empresas estatais (**Capítulo 1**). De um lado, será analisado o ARE 638315 em que se manifestaram os Ministros no sentido de se aplicar a imunidade tributária constitucionalmente prevista para a Administração Pública também para uma empresa estatal prestadora de serviço público (**1.1**).

Analisar-se-á na sequência o RE 627242 em que foi decidida a possibilidade de aplicação do regime constitucional de precatórios – previsto constitucionalmente para a Administração Pública – também para as empresas estatais prestadoras e serviço público (**1.2**).

¹⁷ BRASIL. Lei 13.303 de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm. Acesso em 18 abr. 2017.

Estes julgados foram escolhidos por representarem o espelho da posição do Supremo Tribunal Federal em decisões relativamente recentes, mas sobretudo por comportarem inúmeras críticas às razões que levaram os Ministros a posicionar-se favoravelmente à extensão de privilégios às estatais.

Pretende-se, portanto, criticar a jurisprudência da Corte Suprema analisando-se o respectivo fundamento teórico **(1.3)** e apresentar as reflexões acerca dos posicionamentos exarados com a posição do Autor deste trabalho quanto aos fundamentos utilizados nas decisões. **(1.4)**.

Em um segundo momento, será discutida a posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao controle das companhias estatais pelos Tribunais de Contas **(Capítulo 2)**. Analisar-se-á a inicial posição adotada pela Corte Suprema quanto à impossibilidade de fiscalização das companhias **(2.1)** e, posteriormente, a reviravolta jurisprudencial no sentido da possibilidade de fiscalização e controle **(2.2)**.

Estes julgados foram escolhidos por representarem as oportunidades em que o Supremo Tribunal Federal fora levado a decidir sobre a matéria objeto deste trabalho. Há, ainda um outro julgado onde o Supremo apenas aplicou o entendimento firmado no sentido de possibilitar a fiscalização. Este não será esmiuçado como os demais, mas será pontuada a posição firmada oportunamente.

Ato contínuo, a fundamentação teórica utilizada nos julgados será estudada **(2.3)** para, posteriormente apresentar-se uma reflexão acerca dos julgados com a posição do Autor deste trabalho com relação a cada um dos argumentos empreendidos pelos Ministros julgadores **(2.4)**.

Após, a dissertação irá analisar o impacto do novo marco regulatório das empresas estatais no que tange à escolha dos administradores, ao regime jurídico a eles aplicado, à responsabilidade destes em relação aos demais sócios, bem como aos limites de controle pelos órgãos estatais dos atos praticados em benefício da companhia **(Capítulo 3)**.

A relevância do tema tem razão de existir dada a consolidada jurisprudência dos tribunais superiores acerca tanto da aplicabilidade das regras de direito público

às companhias estatais quanto em relação à possibilidade de controle dos seus atos pelos órgãos de controle externo, em especial os Tribunais de Contas.

O novo marco regulatório das estatais (Lei 13.303/2016) surge após quase vinte anos da publicação da EC 18/98 procurando suprir diversas lacunas deixadas pelo vácuo legislativo. É pretensão deste trabalho - e por isto se pretende útil para o desenvolvimento da pesquisa acadêmica - analisar os principais pontos regulados pela novel legislação e o possível impacto destes na consolidada jurisprudência.

Procurar-se-á discutir a possibilidade destas alterações impactarem o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em especial, quanto aos limites da atuação dos Tribunais de Contas na fiscalização das estatais.

O ponto relevante na discussão é que a lei das estatais, apesar de ter estabelecido um limite para a atuação dos Tribunais de Contas¹⁸ -a impossibilidade de interferir na sua gestão – não deixou clara a abrangência desta. Qual a definição de interferência na gestão?

Em verdade, a fiscalização de todo e qualquer ato praticado pelo Administrador das estatais ensejará inevitavelmente interferência na gestão. Exatamente por isto, pretende-se, com este trabalho, delimitar o âmbito de atuação dos Tribunais de Contas quando da fiscalização das companhias.

A ausência de definição quanto ao controle dos Tribunais de Contas prejudica sobremaneira os gestores de companhias estatais que permanecem em uma cinzenta zona de atuação sem ao certo terem ciência se estariam ou não sujeitos à possibilidade de sofrerem sanções destas Cortes.

Consequência natural será o desinteresse de administradores relevantes para o mercado em atuar juntamente às empresas estatais. A insegurança na delimitação de sua responsabilidade gera o receio na tomada de decisões em benefício da companhia.

¹⁸ De acordo com o artigo 90, da Lei 13.303/2016, os Tribunais de Contas não poderão interferir na gestão das empresas estatais ou na definição de políticas públicas.

Assim, o presente trabalho irá diferenciar os atos de gestão dos demais atos praticados pelos Administradores e estabelecerá a necessária forma de se responsabilizar os administradores das empresas estatais, sob pena de se ferir o comando constitucional quanto à natureza privada de tais entes **(3.6)** demonstrando-se a eventual (des)necessidade de revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal após a edição do novo marco regulatório das estatais **(3.7)**.

Capítulo 1. A construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação do regime jurídico de direito público às empresas estatais

A doutrina administrativista, sempre receosa do efeito maléfico da sujeição de empresas públicas ao regime privado, entende que as pessoas jurídicas de direito privado estatais devem estar sob o controle e vigilância do Estado, razão pela qual devem ser submetidas a um regime jurídico peculiar¹⁹.

Assim, a definição da natureza jurídica das empresas estatais, ante a dicotomia descrita, passa pela classificação de tais entes não quanto à constituição de seu capital social (empresas públicas ou sociedades de economia mista) mas quanto ao critério das atividades por ela desenvolvidas²⁰.

Segundo decidido pelo Supremo Tribunal, em consonância com parcela da doutrina²¹, necessário flexibilizar-se a natureza jurídica de direito privado das empresas estatais, a depender da atividade desenvolvida e da sua posição econômica, em um sinal claro de que maior será o grau de influência do direito público sobre tais sociedades.

Duas são as formas da Administração atuar mediante a utilização de empresas estatais: a constituição de empresas públicas ou de sociedades de economia mista.

As empresas públicas são companhias estatais constituídas sob o regime de direito privado com patrimônio próprio e independente da Administração, com criação autorizada por lei e cujo capital social pertence integralmente aos Entes Públicos (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios).

E, desde que a maioria do capital votante pertença e permaneça a um destes, será possível a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno em tal sociedade. Trata-se de definição que remonta ao Decreto-Lei 200/67, com a

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 2, n. 17, jul. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=2142>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

²⁰ MUKAI, Toshio. O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168.

²¹ Por todos, MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª edição. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 176.

redação dada pelo Decreto-lei 900/69²² e que fora adaptada pela Lei 13.303/2016, em seu artigo 3º.

Assim serão consideradas empresas públicas aquelas companhias que a integralidade das quotas sociais seja de propriedade exclusiva da Administração Pública, cabendo-lhe tanto a indicação dos Administradores quando o exercício do poder de controle.

As características essenciais da empresa pública que justificam a sua criação são exatamente a autonomia patrimonial, com vinculação a uma determinada atividade essencial, a especialização das atividades e a flexibilidade de ação calcada principalmente na natureza jurídica privada atribuída a tais companhias pela Constituição Federal.

Inexiste na legislação, ainda, qualquer restrição quanto à forma societária a ser adotada pelas empresas públicas, sendo certo que estas poderão ostentar qualquer tipo societário admitido em direito, inclusive a forma de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI²³.

Já a sociedade de economia mista se trata de pessoa jurídica de direito privado cuja criação deve ser autorizada por lei, mas sob a forma definida de sociedade anônima. Em tais sociedades, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou outro ente da Administração Indireta não detém a integralidade das quotas sociais, mas possui a maioria das ações com direito a voto. Aqui, a Lei 13.303/2016 também manteve sensivelmente a definição prevista no Decreto-Lei 200/67, com a redação dada pelo Decreto-lei 900/69.

²² BRASIL, Decreto-lei 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em 21 abr. 2017. Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969).

²³ Marlon Tomazette defende que, apesar da existência da Instrução Normativa 117/DNRC, inexistente qualquer óbice à constituição de EIRELI por outra pessoa jurídica, opinião a que este trabalho se filia estendendo-se a interpretação às empresas estatais. (TOMAZETTE, Marlon. A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) no Brasil. Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte, ano 10, n. 3, p. 99-132, set./dez. 2013, p. 121.

Ao ente público cabe os deveres e responsabilidades atinentes ao acionista controlador, bem como o exercício do poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou a criação da pessoa jurídica²⁴. Além disso, por expressa disposição legal, o regime jurídico aplicável às sociedades anônimas de natureza privada²⁵ será aplicável às sociedades de economia mista naquilo em que não for incompatível²⁶.

Tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista são utilizadas para viabilizar a descentralização dos serviços públicos, facilitando a especialização funcional, a autonomia gerencial e a flexibilidade de atuação da Administração Pública.

Ao buscar a descentralização administrativa com vistas a organizar atividades tipicamente estatais, a Administração Pública poderá se utilizar das empresas estatais, mecanismo idêntico ao utilizado à exploração de empreendimentos econômicos em ambiente de mercado. Da mesma forma, poderá a Administração descentralizar-se para explorar empreendimentos em ambiente tipicamente de mercado.

No primeiro caso, poderá o Estado optar pela criação de uma Autarquia, uma Fundação ou uma Empresa estatal e na segunda hipótese apenas poderá utilizar necessariamente o modelo de sociedade empresária regida pelo direito privado²⁷. Todavia, a utilização das empresas estatais no desempenho e consecução de políticas públicas estatais gera um contrassenso por vezes insuperável na natureza ambígua do ente criado.

É que a definição de empresa passa naturalmente pela organização econômica de fatores de produção e de circulação de bens e serviços voltada para o mercado e exercida por um empresário em caráter profissional mediante a utilização de um

²⁴ Vide artigo 4º, parágrafos 1º e 2º, da Lei 13.303 de 30 de junho de 2016.

²⁵ BRASIL, Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm. Acesso em 21 abr. 2017.

²⁶ Vide artigo 5º, da Lei 13.303/2016.

²⁷ PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 94.

complexo de bens²⁸. E, naturalmente, ao organizar os fatores de produção, a busca incessante do empresário é o lucro.

Por outro lado, as empresas públicas e as sociedades de economia mistas são criadas pela Administração Pública com o objetivo de cumprir determinações constitucionais direcionadas à população. A utilização de empresas estatais na consecução de políticas públicas acaba por deixar uma incongruência fática: a necessidade de o empresário abrir mão de eventual lucratividade em prol da política estatal.

Entretanto, os objetivos do Estado precisam ser muitas vezes conciliados com os objetivos lucrativos da sociedade empresária, sob pena de se fulminar a empresa como instituição responsável pela movimentação da própria economia²⁹. E, ainda que se considere ser o objetivo social da empresa estatal desprovido do intuito lucrativo não há como negar que o interesse público envolvido pressupõe um resultado econômico e financeiro que não gere prejuízos.

A sociedade empresária criada deve, no mínimo, ser capaz de financiar a própria atividade ou ao menos parte dela, além de propiciar novos investimentos. Assim, na consecução da atividade desenvolvida pela empresa estatal, necessário aliar à satisfação da necessidade pública que ensejou sua criação o intuito lucrativo inerente a toda atividade empresarial³⁰.

Contudo, parte da doutrina defende que as empresas estatais, em que pese possuírem a natureza jurídica de direito privado, possuem um substrato público que torna peculiar o objeto social destas sociedades empresárias. O lucro, em tais entes, deve ceder espaço a objetivos sociais cujos ditames estão na ordem constitucional

²⁸ BULGARELLI, Waldírio. A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade. São Paulo: RT, 1985, p.154.

²⁹ AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 115.

³⁰ SANTOS, Flávio Rosendo dos; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves de; NASCIMENTO, Décio Estevão do. As empresas estatais e seu conflito intrínseco: lucratividade versus colaboração na implementação de políticas públicas. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 111-131, out./dez. 2015, p. 112.

(erradicação da pobreza, valorização social do trabalho, dignidade da pessoa humana) ante o substrato público que os circundam³¹.

Deve, pois, o lucro em tais empresas ser uma consequência da atividade desenvolvida, mas não um elemento norteador de sua existência. Assim, em que pese o objetivo comercial, as empresas estatais precisam submeter-se também ao desenvolvimento de setores da economia, o controle da inflação ou a erradicação da pobreza, implementando políticas públicas relacionadas, em especial, às atividades por elas exercidas³².

Assim, ante a dicotomia que ronda as empresas estatais, a jurisprudência pátria fora construída no sentido de se diferenciar na prática a natureza jurídica das companhias estatais que prestam serviços públicos das empresas estatais que exercem atividade econômica.

E, naturalmente, se pública a natureza jurídica das empresas estatais, necessário o controle dos seus atos pelos Tribunais de Contas.

Analisa-se neste momento a posição da Corte Suprema quanto à extensão de imunidade tributária (1.1) e do regime de pagamento por precatório às empresas estatais (1.2) para, posteriormente, expor a fundamentação teórica utilizada (1.3).

Em seguida, este trabalho irá apresentar as críticas quanto ao posicionamento adotado pela jurisprudência brasileira, pontuando cada um dos itens objeto de divergência (1.4).

³¹ TÁCITO, Caio. Regime jurídico das empresas estatais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 195, p. 1-8, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45976/47417>>. Acesso em: 21 abr. 2017, p. 2.

³² SANTOS, Flávio Rosendo dos; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves de; NASCIMENTO, Décio Estevão do. As empresas estatais e seu conflito intrínseco: lucratividade versus colaboração na implementação de políticas públicas. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 111-131, out./dez. 2015, p. 120.

1.1. Estudo de Caso – A posição do Supremo no ARE 638315³³: a extensão de imunidade tributária às empresas estatais

A Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, empresa pública federal constituída nos termos da Lei 5.862/72³⁴ possui como objeto social a implantação, administração, operação e exploração industrial e comercial da infraestrutura aeroportuária brasileira³⁵.

No processo sob análise, a Infraero sofrera uma autuação da Fazenda Pública do Município de Salvador/BA quanto à falta de declaração e recolhimento do ISSQN (Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza) com relação ao período de janeiro a abril do ano de 1994. Referida autuação redundou na inscrição do débito em certidão da dívida ativa tributária municipal e no consequente ajuizamento de Execução Fiscal, distribuída sob o número 1999.33.00.5091-4 perante a 20ª vara federal da seção judiciária do Estado da Bahia.

Garantida a execução, a estatal federal opôs embargos à execução distribuídos à época por dependência ao processo principal sob o número 2000.33.00.00994-7. Essencialmente, a peça de defesa sustentava que a Infraero não pode ser considerada uma empresa econômica que presta serviços em caráter empresarial, com intuito de distribuir lucro entre seus sócios.

³³ RECURSO. Extraordinário. Imunidade tributária recíproca. Extensão. Empresas públicas prestadoras de serviços públicos. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. É compatível com a Constituição a extensão de imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público.

(ARE 638315 RG, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 09/06/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-167 DIVULG 30-08-2011 PUBLIC 31-08-2011 EMENT VOL-02577-02 PP-00183)

³⁴ BRASIL. Lei 5.862, de 12 de dezembro de 1972. Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, e dá outras providências. Brasília, 1972. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5862.htm. Acesso em 22 jul 2017.

³⁵ Trata-se de entendimento firmado com base no disposto no artigo 2º, da Lei 5.862/72. BRASIL. Lei 5.862, de 12 de dezembro de 1972. Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, e dá outras providências. Brasília, 1972. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5862.htm. Acesso em 22 jul 2017. Art. 2º A Infraero terá por finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária que lhe for atribuída pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

Ao contrário, a estatal apenas teria sido constituída com a única finalidade de prestar serviço público essencial monopolizado pela União e destinado a toda a coletividade, nos termos do artigo 21, inciso XII, alínea c, da Constituição Federal³⁶. Tal entendimento, inclusive, seria reforçado pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, em seus artigos 36 e 38³⁷.

Estaria, assim, a empresa pública federal sujeita à imunidade tributária recíproca constitucionalmente prevista no artigo 150, inciso VI, alínea a, da Constituição Federal³⁸. Consoante tal dispositivo, os entes políticos não podem instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros e o seu parágrafo segundo estende tal imunidade às autarquias e fundações públicas, no que se refere ao patrimônio, renda ou serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou dela decorrentes.

Segundo os argumentos da Infraero, portanto, a opção do legislador por uma empresa estatal para desempenhar serviços públicos, preterindo a forma jurídica autarquia, não teria o condão de retirar a essência da natureza da prestação: a condição de serviço público³⁹.

A imunidade tributária é instituto que visa impedir que os entes tributantes estabeleçam áreas que devem ser preservadas, conforme determinação

³⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 22 jul. 2017. Art. 21. Compete à União:[...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

³⁷ BRASIL. Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm. Acesso em 22 jul 2017. Art. 36. Os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados: I - diretamente, pela União; II - por empresas especializadas da Administração Federal Indireta ou suas subsidiárias, vinculadas ao Ministério da Aeronáutica; III - mediante convênio com os Estados ou Municípios; IV - por concessão ou autorização; [...] Art. 38. Os aeroportos constituem universalidades, equiparadas a bens públicos federais, enquanto mantida a sua destinação específica, embora não tenha a União a propriedade de todos os imóveis em que se situam.

³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 30 abr. 2017. Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; [...] § 2º A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 198.

constitucional. Na imunidade, não nascem obrigação nem o crédito tributário, operando-se a limitação ao poder de tributar no próprio nascedouro da obrigação tributária⁴⁰.

Trata-se, pois, de uma forma qualificada de não incidência prevista na própria Constituição Federal e diferentemente da isenção⁴¹, a imunidade poderá ser interpretada de forma ampla, mas não ao ponto de ignorar a própria restrição expressa da Carta Magna⁴².

A Procuradoria do Município de Salvador/BA impugnou a manifestação da Infraero alegando que o artigo 150, inciso VI, alínea a, da Constituição Federal versa sobre hipótese de imunidade subjetiva que o próprio parágrafo 3º, do referido dispositivo vedou a extensão da imunidade quanto à exploração de atividades econômicas regidas pelas normas do direito privado⁴³.

Além disso, o artigo 173 da Carta Magna estabelece em seu parágrafo 1º, que as empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitam-se ao regime privado inclusive quanto às suas obrigações tributárias e em seu parágrafo 2º encontra-se regra expressa que impede o gozo de privilégios tributários não extensivos ao setor privado por empresas públicas ou sociedades de economia mista⁴⁴.

⁴⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Sistema Tributário Brasileiro. *In*: Curso de Direito Tributário. Coordenador: Ives Gandra da Silva Martins. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

⁴¹ De acordo com o artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional, a legislação tributária que versa sobre a outorga de isenções deve ser interpretada de forma literal (restritiva). BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em 22 jul 2017. Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: [...] II - outorga de isenção;

⁴² HARADA, Kiyoshi. Direito Tributário Municipal: Sistema Tributário Municipal. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 74.

⁴³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 30 abr. 2017. Art. 150. [...] § 3º As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

⁴⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 30 abr. 2017. Art. 173. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e

Tal fato inclusive seria reforçado pela já consolidada Súmula 76 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual as sociedades de economia mista não estão protegidas pela imunidade fiscal⁴⁵.

Em sede de sentença, o magistrado de primeiro grau reconheceu que a Infraero, embora tenha sido criada sob a forma de empresa pública, não exerce atividade econômica ou presta serviço de natureza privada. Segundo a decisão judicial, a função precípua da Infraero é a prestação de serviço público federal, em regime de monopólio, no que concerne à administração aeroportuária.

Assim, a sentença estendeu a imunidade tributária recíproca à Infraero, sob o argumento de que o parágrafo 3º, do artigo 150, da Constituição Federal apenas se aplica às empresas públicas que exercem atividade econômica e não às prestadoras de serviço público.

Em sede de apelação, o Egrégio Tribunal Regional da 1ª Região manteve o entendimento consubstanciado na sentença⁴⁶ reforçando que o serviço de infraestrutura aeroportuária é mantido pela União e está incluído em sua competência administrativa exclusiva (artigo 21, inciso XII, Constituição Federal), devendo ser

tributários; [...] § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

⁴⁵ Trata-se de enunciado consolidado à época da vigência da Constituição Federal de 1946, mas defendido pelo Município de Salvador/BA como plenamente vigente. A súmula fora publicada em 08.07.1964 e possui a seguinte redação: “Súmula 76. As sociedades de economia mista não estão protegidas pela imunidade fiscal do art. 31, V, a, Constituição Federal”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4104>. Acesso em 22 jul 2017.

⁴⁶ EMENTA: TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. ISS. INFRAERO. SERVIÇOS DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. EMPRESA PÚBLICA DELEGATÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO ART. 173, § 1º, DA CF/1988. ENTENDIMENTO DO STF. 1.A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, apesar de ter sido constituída como empresa pública federal, tem natureza tipicamente pública por prestar serviço público sujeito à responsabilidade exclusiva da Administração Direta. 2. No julgamento do RE 363412 AgR/BA, a Suprema Corte assentou que a INFRAERO, como empresa delegatária de serviços públicos, executados em regime de monopólio, não concorre com as empresas privadas, o que permite excluí-la do regime jurídico que a Constituição estabeleceu no art. 173, § 1º. 3.A atividade exercida pela INFRAERO é abarcada pela imunidade tributária recíproca, garantia da federação estatuída no art. 150, VI, a, da Constituição Federal. Inviável, no caso, a cobrança do ISS. 4.Apelação do Município de Salvador e remessa oficial a que se nega provimento. (TRF-1 - AC: N. 2000.33.00.009947-7/BA, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, Data de Julgamento: 06/10/2009, OITAVA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.395 de 13/11/2009)

considerado serviço público. Decorrência disto, estende-se à Infraero a imunidade tributária recíproca constitucionalmente prevista.

Após interposição de Recurso Extraordinário pelo Município de Salvador/BA, o Supremo Tribunal Federal fora instado a se manifestar sob a relatoria do Exmo. Ministro Cezar Peluso que então reafirmou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a Infraero faz jus à imunidade tributária recíproca, prevista no artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal.

A fundamentação do Acórdão remonta a diversos precedentes da Corte Suprema dentre os quais um relativo à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos sedimentado através do RE 407099⁴⁷ e várias outras decisões monocráticas relacionadas à própria Infraero⁴⁸, dentre os quais cabe-nos destacar o RE de número 598322, de Relatoria do Exmo. Ministro Celso de Mello⁴⁹.também apreciado em sede de agravo regimental.

⁴⁷ EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a. II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido. (RE 407099, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 06-08-2004 PP-00062 EMENT VOL-02158-08 PP-01543 RJADCOAS v. 61, 2005, p. 55-60 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 286-297)

⁴⁸ São eles: RE 607535/PE, relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 16.3.2010, RE 577511, Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, DJe de 22.2.2010 e RE 501639, Relatoria do Ministro Eros Grau, DJe de 01.08.2008.

⁴⁹ E M E N T A: INFRAERO - EMPRESA PÚBLICA FEDERAL VOCACIONADA A EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, "C") - POSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL OUTORGAR, POR LEI, A UMA EMPRESA GOVERNAMENTAL, O EXERCÍCIO DESSE ENCARGO, SEM QUE ESTE PERCA O ATRIBUTO DE ESTATALIDADE QUE LHE É PRÓPRIO - OPÇÃO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA - CRIAÇÃO DA INFRAERO COMO INSTRUMENTALIDADE ADMINISTRATIVA DA UNIÃO FEDERAL, INCUMBIDA, NESSA CONDIÇÃO INSTITUCIONAL, DE EXECUTAR TÍPICO SERVIÇO PÚBLICO (LEI Nº 5.862/1972) - CONSEQÜENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A") - O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA INFRAERO, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO IMPROVIDO. - A INFRAERO, que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infra-estrutura

Para o Ministro Celso de Mello, exatamente por não exercer atividade econômica em sentido estrito, a Infraero estaria excluída do regime de livre concorrência e, por conseguinte, das restrições impostas pelo artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal, segundo o qual as empresas estatais submetem-se ao regime jurídico privado, sem privilégios tributários.

Assim, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO faz jus à imunidade tributária prevista para Autarquias e Fundações, em razão de desempenhar a prestação de serviços públicos em caráter exclusivo e monopolístico, conforme disposto no artigo 21, inciso XII, da Constituição Federal.

Dentre as decisões exaradas pela Corte Suprema, um elemento essencial é marcante: as empresas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. Diferentemente destas, aquelas estariam abrangidas pela imunidade tributária recíproca quando prestadoras de serviço público em regime de exclusividade e sem intuito lucrativo.

aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea "c", da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a"), do poder de tributar dos entes políticos em geral. Conseqüente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do ISS referente às atividades executadas pela INFRAERO na prestação dos serviços públicos de infraestrutura aeroportuária e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA, QUE REPRESENTA VERDADEIRA GARANTIA INSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DO SISTEMA FEDERATIVO. DOCTRINA. PRECEDENTES DO STF. INAPLICABILIDADE, À INFRAERO, DA REGRA INSCRITA NO ART. 150, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. - A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da INFRAERO), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos. (RE 363412 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-03 PP-00611 RTJ VOL-00206-01 PP-00407)

1.2. Estudo de Caso – A posição do Supremo no RE 627242⁵⁰: a extensão do regime de pagamento por precatório às empresas estatais

A CASAL – Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas, sociedade de economia mista constituída conforme a Lei Estadual 2.491/62 possui como objeto social a prestação de serviços públicos de abastecimento d'água, remoção e tratamento de esgotos sanitários e o planejamento e controle da poluição hídrica em todo o Estado de Alagoas⁵¹.

Em Execução Fiscal distribuída sob o número 2004.80.00.003153-6 perante a 5ª Vara Federal da Seção Judiciária daquele estado, a União Federal executou dívida ativa relativa ao não pagamento pela empresa estatal de débitos oriundos de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, entre os anos de 2000 e 2001.

Em pedido incidental formulado, a CASAL sustentara a impenhorabilidade de seus bens, haja vista prestar serviço público essencial, com cristalina finalidade pública e sem intuito lucrativo. Isto porque, no entender do Excipiente, nenhuma empresa de caráter privado teria interesse em explorar a coleta e a destinação de esgotos como uma atividade econômica.

Além disso, conforme o disposto no inciso IX, do artigo 23, da Constituição Federal, a melhoria das condições de saneamento básico é competência comum da

⁵⁰ Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPANHIA ESTADUAL DE SANEAMENTO BÁSICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. EXECUÇÃO PELO REGIME DE PRECATÓRIOS. 1. Embora, em regra, as empresas estatais estejam submetidas ao regime das pessoas jurídicas de direito privado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “entidade que presta serviços públicos essenciais de saneamento básico, sem que tenha ficado demonstrado nos autos se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública que competiria com pessoas jurídicas privadas ou que teria por objetivo primordial acumular patrimônio e distribuir lucros. Nessa hipótese, aplica-se o regime de precatórios” (RE 592.004, Rel. Min. Joaquim Barbosa). 2. É aplicável às companhias estaduais de saneamento básico o regime de pagamento por precatório (art. 100 da Constituição), nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro. 3. Provimento do agravo regimental e do recurso extraordinário. (RE 627242 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 24-05-2017 PUBLIC 25-05-2017)

⁵¹ Disponível em: <http://casal.al.gov.br/competencia-e-legislacao/>. Acesso em 24 de jul. 2017.

União, Estados, Distrito Federal e Municípios⁵². Por prestar serviço público essencial e exercer atividade onde a supremacia do interesse público sobre o privado é flagrante, a Excipiente sustentou a aplicação do regime jurídico de direito público às relações jurídicas por ela entabuladas, bem como a indisponibilidade de seus bens.

Assim, requereu a empresa estatal o recolhimento do mandado de penhora e o processamento da execução contra si manejada sob a sistemática do regime de precatórios prevista do artigo 100, da Constituição Federal ⁵³.

Trata-se de regime de pagamento feito em ordem cronológica segundo a apresentação dos créditos e apenas após o trânsito em julgado das decisões⁵⁴. Tal regime possui regras próprias que diferem da execução por quantia certa aplicável aos particulares, inexistindo a adoção de medidas expropriatórias para a satisfação do crédito⁵⁵.

A pretensão da empresa estatal fora, portanto, ver reconhecido o direito à impenhorabilidade de seus bens que não se confunde com a inalienabilidade⁵⁶ sob os auspícios da aplicação do regime jurídico de direito público. Na execução intentada contra a Fazenda Pública, inexistente, portanto, a expropriação de bens devendo ocorrer sob a sistemática de precatório ou de requisição de pequeno valor.

⁵² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 22 jul 2017. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

⁵³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 30 abr. 2017. Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62 de 2009).

⁵⁴ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil - Volume 5 – Execução. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2009, p. 704.

⁵⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 13ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 331.

⁵⁶ CUNHA, Lásaro Cândido da. Precatório: execução contra a fazenda pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 38.

Em razão disto, parte da doutrina chega a sustentar que inexistente processo de execução em face da Fazenda Pública, sendo a decisão proferida contra pessoas jurídicas que ostentem tal característica despidas de força executória⁵⁷.

O magistrado de 1º grau, ao apreciar referido pedido, em que pese reconhecer a impenhorabilidade e a inalienabilidade dos bens públicos, afirmou que o tratamento dispensado às autarquias e fundações públicas não se confunde com os bens das empresas estatais.

Isto porque consoante o disposto no parágrafo 2º, do artigo 173, da Constituição Federal, as empresas públicas e sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios não extensivos ao setor privado.

Além disso, caberia à executada provar que os bens eventualmente penhorados seriam essenciais à prestação do serviço público, dado o entendimento doutrinário de que bens privados de concessionárias de serviço público seriam considerados bens públicos quando afetados diretamente à execução do respectivo serviço⁵⁸.

Interposto Agravo de Instrumento da referida decisão, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, manteve o entendimento do magistrado de 1ª instância, sob o argumento de que às empresas estatais não se aplica qualquer privilégio nas execuções de suas obrigações, sendo a elas aplicável, como regra, o disposto no artigo 173, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição Federal.

Após oposição de Embargos de Declaração rejeitados pelo respectivo Tribunal, a sociedade de economia mista recorrente interpôs Recurso Especial direcionado ao Superior Tribunal de Justiça e Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

O Recurso Especial manejado teve seu seguimento monocraticamente negado por equivocado preparo feito pelo Recorrente, decisão que transitou em julgado. Já o

⁵⁷ FURTADO, Paulo. Execução. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 280.

⁵⁸ GUERRA, Sérgio. A reversibilidade dos bens nas concessões de serviços públicos. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 187-196, out./dez. 2004, p. 190.

Recurso Extraordinário também fora monocraticamente negado. Contudo, referida decisão fora objeto de Agravo Regimental.

O julgamento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 02 de maio de 2017, merece uma análise detida neste trabalho, em especial, quando cotejada com o acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário 599.628⁵⁹, julgado em 14 de outubro de 2011.

Discutia-se em ambos os autos, portanto, a possibilidade de uma sociedade de economia mista gozar de privilégio aplicável apenas às Fazendas Públicas. Neste ponto, o artigo 173, parágrafo 1º, inciso II é claro ao estabelecer que as empresas públicas não gozarão de privilégios quanto às obrigações civis, comerciais, tributárias e trabalhistas.

Em um primeiro momento, no julgamento ocorrido em 2011, o Supremo Tribunal Federal apreciou a possibilidade de se estender à Eletronorte – Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A⁶⁰ o manejo de suas execuções sob o regime de precatórios, dado já ter aplicado solução semelhante à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos^{61 62}.

⁵⁹ Ementa: FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO DE VALORES POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA. Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE 599628, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-199 DIVULG 14-10-2011 PUBLIC 17-10-2011 EMENT VOL-02608-01 PP-00156 RTJ VOL-00223-01 PP-00602)

⁶⁰ A Eletronorte S/A é sociedade de economia mista com sede em Brasília/DF, cujo funcionamento fora autorizado pelo Decreto 72.548, de 30 de julho de 1973, com o objetivo de exercer a atividade pública relacionada à coordenação dos programas de energia elétrica na Amazônia Legal. BRASIL, Decreto 72.548 de 30 de julho de 1973. Concede autorização para funcionar como empresa de energia elétrica à Centrais Elétricas do Norte do Brasil S. A. - ELETRONORTE. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-72548-30-julho-1973-378831-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 25 jul 2017.

⁶¹ Para o Supremo Tribunal Federal, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos presta serviço público essencial sob a forma de monopólio, inexistindo, portanto, concorrência com outros entes privados.

⁶² EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO

O Ministro Relator Carlos Ayres Brito entendeu ser extensível também à Eletronorte o regime de precatórios em razão de esta ser prestadora de serviço público essencial – geração e fornecimento de energia elétrica – e somente sob o ponto de vista formal revestir-se de sociedade de economia mista⁶³.

Doutrinariamente, referido ministro sustenta que a Constituição Federal veda a concessão de benefícios não extensíveis à iniciativa privada apenas quanto às estatais que exploram atividade econômica em regime de concorrência com outros particulares. Não é possível manter o mesmo entendimento quanto às prestadoras de serviços públicos que devem ser abrangidas pelo conceito de Fazenda Pública⁶⁴.

Em voto vista divergente, o Ministro Joaquim Barbosa afirmara que no caso específico da Eletronorte esta prestava serviços públicos objetivando lucro e em concorrência com outros particulares, portanto, sem o monopólio estatal. Assim, por pretender distribuir lucro entre seus acionistas – públicos ou privados – não se poderia estender o conceito de Fazenda Pública para abranger a Eletronorte.

Contudo, uma importante observação foi feita neste voto e é o ponto que será defendido neste trabalho: a relevância da atividade não pode ser determinante para o reconhecimento de prerrogativas públicas às empresas estatais⁶⁵.

REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. **Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal.** Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 225011, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, DJ 19-12-2002 PP-00073 EMENT VOL-02096-05 PP-00928) **(Grifos do Autor).**

⁶³ Para o Ministro Carlos Ayres Brito, o fato de o artigo 21, inciso XII, da Constituição Federal estabelecer que compete à União explorar os serviços e instalações de energia elétrica reforça o entendimento de que a Eletronorte presta serviço público essencial e, por esta razão, deve ser equiparada à Fazenda pública quanto ao regime de suas execuções.

⁶⁴ BRITTO, Carlos Ayres. O perfil constitucional da licitação. Curitiba/PR: Editora ZNT, 1997.

⁶⁵ Segundo o Ministro Joaquim Barbosa: “Se a relevância da atividade fosse suficiente para reconhecimento de tais garantias, atividades como os serviços de saúde, a extração, refino e distribuição de petróleo, a indústria petroquímica, as empresas farmacêuticas e as entidades de educação também seriam beneficiárias de tais prerrogativas, bastando que o Poder Público se aliasse ao corpo societário do empreendimento privado”. Excerto extraído do inteiro teor do Acórdão do RE

A maioria dos ministros acompanhou a divergência e firmou a tese segundo a qual não se aplica às sociedades de economia mista o regime de precatório quando estas atuam no mercado sob o regime de concorrência ou quando tenham o objetivo de distribuir lucros a seus acionistas.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental no RE 627.242 em 2017, reformara a decisão monocrática do Ministro Relator para firmar o seguinte entendimento: é aplicável às companhias estaduais de saneamento básico o regime de pagamento por precatórios (art. 100 da Constituição), nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro.

Assim, aplicou-se à CASAL - Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas a sujeição de suas execuções ao regime de precatórios, conforme divergência aberta pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Este, em que pese reconhecer a tortuosidade do reconhecimento das prerrogativas da Fazenda Pública às empresas estatais, manifestou-se no sentido de que o elemento caracterizador da prerrogativa de direito público às estatais é a natureza do serviço prestado.

Para o Ministro, mesmo as empresas estatais que distribuam lucros aos seus acionistas, acaso prestem serviço público essencial – como é o caso do saneamento básico – teriam direito à imunidade tributária e às demais prerrogativas públicas. Com muito mais razão, portanto, deveria ser aplicado o regime público à CASAL que possui capital social majoritariamente estatal e presta serviço público em regime de exclusividade, sem distribuição de lucros⁶⁶.

O Ministro Alexandre de Moraes acompanhou a divergência reconhecendo a tese predominante no Supremo Tribunal Federal: a Constituição não proíbe a aplicação do regime de precatórios às sociedades de economia mista, a depender do

599628, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628740>. Acesso em 25 jul 2017, p. 35.

⁶⁶ Trata-se de conclusão a que chegara o Ministro Luís Roberto Barroso extraída do inteiro teor do acórdão que está disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12940998>. Acesso em 25 jul 2017, p. 14.

perfil da entidade quanto à sua atuação no domínio econômico. Se prestadora de serviço público essencial e sem intenção de lucro, necessária a aplicação do regime jurídico de direito público à empresa estatal.

1.3. Fundamentação Teórica

As decisões colacionadas são o reflexo de longo debate travado acerca da diferença prática existente entre as mais diversas companhias estatais, dando origem à divisão das empresas em “prestadoras de serviços públicos” e “exploradoras de atividades econômicas”.

As companhias estatais que exercem atividade econômica sofreriam uma menor ingerência dos princípios e exigências do Direito Público, sendo consideradas tal qual a previsão do texto constitucional: entes privados que atuam no mercado em regime concorrencial e, portanto, despidos de parte das sujeições do direito público.

Já as empresas estatais prestadoras de serviços públicos constituem-se em verdadeira extensão do Estado e quando atuarem com exclusividade e sem concorrência possuirão natureza jurídica de direito público, com predominância das normas e princípios de Direito Público, sendo, inclusive, equiparadas à Fazenda Pública em sua atuação em juízo⁶⁷.

Quando da opção pela descentralização administrativa, poderá o Estado optar pela prestação de serviços públicos através de empresas estatais que atuam como verdadeiras auxiliares da Administração Direta, a exemplo do que ocorre com as Autarquias e Fundações.

Assim, tais companhias constituem-se em verdadeira extensão do Estado e atuam muitas vezes com exclusividade na prestação de serviços públicos, sendo certo

⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública – uma proposta atual de sistematização. *In*: Processo de Execução. Sérgio Shimua e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2001, p. 123.

que o objetivo lucro é bastante aliado dos demais interesses sociais que visam à prestação de políticas públicas.

Para esta corrente doutrinária, a incidência do direito privado não afasta a natureza jurídica de instrumento estatal utilizado na prestação de serviços públicos e a dedicação exclusiva ao desempenho de atividades tipicamente estatais. Devem, pois, as empresas estatais prestadoras de serviço público ser consideradas um braço do Estado na realização de atividades que lhe são próprias⁶⁸.

Por outro lado, as empresas estatais que exercem atividade econômica seriam um reflexo da atuação estatal em campo que lhe é estranho: não necessariamente vinculado ao desempenho de atividades públicas essenciais.

Isto porque as estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito são aquelas que seguem o disposto no artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal, quando atuam no mercado em virtude da satisfação de relevante interesse coletivo ou quando necessário aos imperativos de segurança nacional.

Dentro deste grupo de companhias, é possível distinguir-se, ainda, as empresas estatais que exercem atividade econômica em regime de concorrência com os demais particulares e aquelas que exercem a atividade em regime de monopólio.

A concorrência pressupõe a inexistência de privilégios para as empresas estatais em comparação com as demais companhias que atuam no mercado. Do contrário, o Estado acabaria por eliminar as empresas privadas, em razão – não de sua eficiência – mas porque a lei lhe assegurou diversos benefícios desiguais⁶⁹.

Construiu-se, pois, um entendimento segundo o qual, por se manifestarem como braços do Estado no desempenho de atividades próprias da Administração, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos possuiriam natureza jurídica de

⁶⁸ MORAES, Anderson Júnio Leal. Regimes jurídicos das empresas estatais. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=53907>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

direito público, com predominância das normas e princípios de direito público, sendo, inclusive, equiparadas à Fazenda Pública em sua atuação em juízo.

Neste sentido, as companhias estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito em regime de monopólio também estariam sujeitas às regras do regime jurídico de direito público. Aqui se vislumbra o movimento denominado de “autarquização” das empresas estatais⁷⁰.

Trata-se de um posicionamento de se equiparar para todos os efeitos todas as empresas públicas ou sociedades de economia mista que não exerçam atividade econômica em sentido estrito com as Autarquias e Fundações Públicas e, portanto, transmutar a personalidade jurídica de tais entes para o direito público⁷¹.

Já as companhias estatais que exercem atividade econômica em regime concorrencial sofreriam uma menor ingerência dos princípios e exigências do direito público, eis que seriam consideradas tal qual a previsão do texto constitucional: entes privados que atuam no mercado em regime concorrencial e, portanto, despidos de parte das sujeições do direito público.

⁷⁰ SILVA, Poliana Ribeiro Soares. Preleções à autarquização das empresas estatais prestadoras de serviço público. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 183, p. 52-61, maio 2016, p. 57.

⁷¹ O voto do Ministro Carlos Velloso nos autos do RE 229696 fazendo alusão a outros posicionamentos já por ele defendidos, a exemplo do RE 220.907 é bastante esclarecedor. Para o referido Ministro: “é preciso distinguir as empresas públicas que exploram atividade econômica, que se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (C.F., art. 173, §1º), **daquelas empresas públicas prestadoras de serviços públicos, cuja natureza jurídica é de autarquia**, às quais não tem aplicação o disposto no §1º do art. 173 da Constituição [...]. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 229696, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Primeira Turma, julgado em 16/11/2000, DJ 19-12-2002 PP-00073 EMENT VOL-02096-05 PP-01043) (**Grifos do Autor**).

1.4. Reflexão sobre o posicionamento do Supremo

Ainda que se possa identificar uma certa coerência na divisão proposta pelo Supremo Tribunal Federal, a solução encontrada fora absolutamente exagerada, eis que, conforme tal pensamento, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos sujeitam-se a um regime demasiadamente semelhante ao regime comum da Administração Pública, como se realmente não fossem entes privados que agem empresarialmente⁷².

Percebe-se uma tendência a sujeitar toda e qualquer empresa estatal prestadora de serviço público a um regime semelhante ao regime comum da Administração Pública, como se fossem entes públicos e não privados. Olvida-se por completo a ideia original do Constituinte quanto à despublicização pretendida com a opção pela roupagem empresarial privada. Em que pese originalmente pensadas com natureza jurídica de direito privado, as empresas estatais vão sofrendo alterações radicais na essência de sua classificação.

Assim, as companhias públicas em que pese pensadas originalmente com o legítimo e deliberado propósito de fuga para o direito privado, tiveram sua razão de ser sufocada pelo pensamento publicista e a alteração paulatina de seu regime jurídico.⁷³

Ocorre que a classificação empreendida pela doutrina e acatada pelo Supremo Tribunal Federal é capaz de, a depender do caso concreto, trasmudar a natureza jurídica da empresa estatal criada. Afinal, a linha entre a prestação de serviços públicos e o exercício de atividade econômica é bastante tênue, podendo variar a depender do magistrado que analise o caso, sendo atividade bastante complexa a definição do instituto (1.4.1).

⁷² SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. In: Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte/MG, n. 245, p. 13-30, mai/ago. 2007, p. 21.

⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. In: Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte/MG, n. 245, p. 13-30, mai/ago. 2007, p. 22.

Além disso, o regime de monopólio ou não da execução da atividade também é critério falho na definição do regime jurídico aplicável à empresa estatal, uma vez que a pluralidade de atividades desempenhadas pelas companhias gera, inevitavelmente, a existência de atividades exercidas em regime de monopólio e outras em regime concorrencial.

Árdua, portanto, a tarefa de se estabelecer que à empresa estatal aplicar-se-ia apenas parcialmente o regime público (1.4.2).

Por fim, o objetivo de lucro a ser perseguido pela companhia também não pode ser aceito como critério definidor da natureza jurídica do ente, haja vista que é da essência da própria atividade empresarial a busca pelo resultado superavitário entre receitas e despesas⁷⁴. (1.4.3).

1.4.1. A indefinição do conceito de serviço público: impossibilidade de utilização deste para definição da natureza jurídica da companhia

A noção de serviço público surgira na França com a Escola de Bordeaux, liderada por Leon Duguit, para quem o conceito de serviço público deveria englobar a totalidade das atividades prestacionais a cargo do Estado. Tal autor, inclusive, chegou a defender a substituição da noção de soberania estatal pela de serviço público⁷⁵.

No Brasil, até mesmo por influência da escola francesa, é possível encontrar diversas definições amplas do conceito de serviço público. Contudo, trata-se de tema com bastante divergência, tornando-se verdadeiro conceito jurídico indeterminado e com difícil possibilidade de pacificação.

José Cretella Júnior já apontando a dificuldade de se definir um conceito para o instituto, definiu serviço público como “toda atividade que o Estado exerce, direta ou

⁷⁴ MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 29ª edição atualizada por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 84.

⁷⁵DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100.

indiretamente, para a satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público⁷⁶”.

Já Hely Lopes Meirelles define o serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado⁷⁷”.

Em tal conceito, o autor não inclui, por exemplo, as atividades legislativas e do Poder Judiciário. Já para Celso Antônio Bandeira de Mello o conceito de serviço público é ainda mais restrito eis que se trata de⁷⁸

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público (...), instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Para Odete Medauar, a noção de serviço público é bem mais restrita que os doutrinadores antes citados, devendo ser entendida, tal qual estudado pelo direito administrativo, como a atividade realizada pelo Poder Executivo no âmbito das atribuições da Administração, referindo-se a uma atividade prestacional em que se propicia algo necessário à população, a exemplo do serviço de água ou energia elétrica⁷⁹.

Já Diógenes Gasparini entende que o conceito de serviços públicos comporta pelo menos três sentidos: o orgânico (complexo de órgãos da Administração destinado à satisfação das necessidades dos administrados), o material (uma função ou tarefa da Administração destinada aos interesses dos administrados) e o formal. Neste último, serviço público seria atividade desempenhada pelo Poder Público ou

⁷⁶CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 457.

⁷⁷MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 290.

⁷⁸MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª edição. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 600.

⁷⁹MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 18ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 360.

seus delegados sob regras diferenciadas do direito comum, para a satisfação dos interesses dos administrados⁸⁰.

À medida que o Estado foi assumindo o papel de atuação em determinadas áreas da economia, até para poder promover e desenvolver atividades pouco atrativas para a iniciativa privada, a definição de serviço público passou a ser ainda mais complexa e divergente. Além disso, a possibilidade de se delegar os serviços públicos também prejudicava sensivelmente o critério formal apontado por Diógenes Gasparini.

Além disso, não se pode mais considerar que o regime jurídico de direito público é o único aplicável à prestação dos serviços públicos, dado o caráter privado das empresas estatais criadas para tal fim. Estes motivos levaram a doutrina a falar em crise na noção de serviço público⁸¹.

É que a noção de serviço público sofreu diversas alterações ao longo do tempo, ampliando sua aplicação, inclusive, para atividades comerciais, industriais e sociais. Ademais, segundo o critério formal de classificação, é o Estado por meio de lei que define as atividades que em determinado momento serão ou não consideradas serviços públicos.

Assim, a noção de serviço público varia não só no tempo, mas também no espaço, eis que depende da legislação de cada país a maior ou menor abrangência de determinadas atividades como serviço público⁸².

A definição torna-se ainda mais trabalhosa quando se inclui a noção de serviço público sob o ponto de vista material: estabelecer na prática se aquela determinada atividade é de interesse do Estado e este a assume como de sua atribuição.

Em verdade, a noção de serviço público é um conceito completamente aberto e indefinido, de forma que, a depender do momento histórico, determinadas atividades

⁸⁰ GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 17ª edição. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 349.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107.

poderão ou não ser consideradas como tal⁸³. A doutrina apenas é uníssona ao considerar que o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público.

Contudo, também o conceito de interesse público ou interesse coletivo é indeterminado e pode ser delineado a depender do caso concreto, consoante será demonstrado em momento posterior deste trabalho. Utiliza-se, pois, um conceito jurídico indeterminado para explicar uma expressão também genérica e indeterminada, tornando-se difícil a tarefa do intérprete, dada a fluidez dos conceitos⁸⁴.

Assim, o Supremo Tribunal Federal ao estabelecer a natureza jurídica de determinada empresa estatal considerando a prestação de serviço público nada mais fez que definir uma natureza volátil e mutável com o tempo. O que hoje pode não ser considerado como serviço público, amanhã poderá e todas as limitações e restrições aplicáveis ao regime jurídico de direito público devem também ser aplicadas aos Administradores de tais companhias.

Conceitos vagos são os elementos caracterizadores da natureza jurídica das companhias estatais, prejudicando sobremaneira a atuação do Administrador eis que sujeito à indefinição prática do regime jurídico aplicável ao ente que comanda.

Esta crise de identidade das empresas estatais tem gerado indefinição na posição ocupada pelo Administrador e a sua responsabilização perante a companhia. É que tais profissionais devem ser regidos também pelas regras privadas de gestão e responsabilidade, em especial quanto aos atos empresariais vinculados essencialmente com os objetos sociais da companhia.

⁸³ MORAES, Anderson Júnio Leal. Regimes jurídicos das empresas estatais. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=53907>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

⁸⁴ BAZILLI, Roberto Ribeiro. Serviços públicos e atividades econômicas na Constituição de 1988. RDA: revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, Editora Fórum, v. 197, p. 10-21, jul/set 1994, p.17.

1.4.2. A indefinição da análise da atividade da companhia que possui mais de um objeto social

O critério do monopólio da atividade também não parece a melhor escolha para a definição da natureza jurídica da empresa estatal, haja vista gerar a esdrúxula situação de indefinição da natureza jurídica das empresas estatais que exercem mais de uma atividade econômica: parte delas sob o regime de monopólio e parte sob o regime concorrencial.

Exemplo claro desta situação percebe-se quanto à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, criada pelo Decreto-Lei 509/69 para executar e controlar sob o regime de monopólio os serviços postais de todo território nacional⁸⁵.

De fato, é inegável o serviço público essencial prestado pelos Correios levando o serviço postal a lugares longínquos espalhados no território nacional e que são flagrantemente desinteressantes para os demais entes da iniciativa privada. Possível, portanto, extrair desta situação fática a constatação do monopólio do serviço exigido pela Corte Suprema para aplicação do regime jurídico público.

Contudo, nem todas as atividades desempenhadas pela respectiva empresa pública podem ser classificadas como exercidas em regime de monopólio. Os Correios oferecem serviços como o Banco Postal⁸⁶ que é visivelmente exercido em concorrência com outros agentes do mercado.

Da mesma forma, o transporte de mercadorias entre capitais e o serviço denominado de entregas rápidas entre as principais cidades do Brasil, denominado

⁸⁵ BRASIL. Decreto-Lei 509, de 20 de março de 1969. Dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública, e dá outras providências. Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0509.htm. Acesso em 24 de jul. 2017. Art. 2º - À ECT compete: I - executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional.

⁸⁶ O Banco Postal que nasceu com uma proposta social e hoje está presente em diversas cidades do país oferecendo serviços tipicamente bancários como contas, empréstimos, cartões de crédito e transferências, em claro regime concorrencial, dado estar presente tanto em capitais quanto no interior dos estados. Disponível em: <https://www.correios.com.br/sobre-correios/sustentabilidade/vertente-social/banco-postal>. Acesso em 25 de jul. 2017.

de SEDEX⁸⁷ também é exercido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em regime de concorrência com diversas companhias de transporte que atuam no Brasil, a exemplo das companhias de aviação comercial.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que os Correios são obrigados a cobrir cidades pequenas e subdesenvolvidas que a iniciativa privada apenas atuará acaso deseje, reconheceu o direito a imunidade tributária mesmo em casos de desempenho de atividades exercidas sem monopólio, a exemplo do transporte de encomendas⁸⁸.

Já a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, anteriormente analisada, também não pode hoje ser considerada como exercente de atividade monopolística.

Isto porque os contratos de concessão dos aeroportos inaugurados com o Decreto 7.624/2011⁸⁹ não mais permitem a afirmação de que a Infraero opera em

⁸⁷ Informações sobre o serviço de SEDEX disponíveis no sítio eletrônico dos Correios claramente demonstram a disponibilização de serviços específicos apenas em cidades relevantes, com população superior a duzentos mil habitantes, demonstrando a atuação da estatal em áreas vantajosas para a iniciativa privada. Disponível em: <https://www.correios.com.br/para-voce/correios-de-a-a-z/sedex#tab-1>. Acesso em 26 de jul. 2017.

⁸⁸ EMENTA Recurso extraordinário com repercussão geral. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Peculiaridades do Serviço Postal. Exercício de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com particulares. Irrelevância. ICMS. Transporte de encomendas. Indissociabilidade do serviço postal. Incidência da Imunidade do art. 150, VI, a da Constituição. Condição de sujeito passivo de obrigação acessória. Legalidade. 1. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica. 2. As conclusões da ADPF 46 foram no sentido de se reconhecer a natureza pública dos serviços postais, destacando-se que tais serviços são exercidos em regime de exclusividade pela ECT. 3. Nos autos do RE nº 601.392/PR, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, ficou assentado que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, CF, deve ser reconhecida à ECT, mesmo quando relacionada às atividades em que a empresa não age em regime de monopólio. **4. O transporte de encomendas está inserido no rol das atividades desempenhadas pela ECT, que deve cumprir o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importa o quão pequenos ou subdesenvolvidos. 5. Não há comprometimento do status de empresa pública prestadora de serviços essenciais por conta do exercício da atividade de transporte de encomendas, de modo que essa atividade constitui conditio sine qua non para a viabilidade de um serviço postal contínuo, universal e de preços módicos.** 6. A imunidade tributária não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias. A condição de sujeito passivo de obrigação acessória dependerá única e exclusivamente de previsão na legislação tributária. **7. Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento, reconhecendo a imunidade da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas.** (RE 627051, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-028 DIVULG 10-02-2015 PUBLIC 11-02-2015) **(Grifos do Autor).**

⁸⁹ BRASIL, Decreto 7.624, de 22 de novembro de 2011. Dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão. Brasília, 2011. Disponível em:

regime de monopólio ou exclusividade, haja vista a existência de diversos consórcios que hoje gerem os maiores aeroportos brasileiros⁹⁰.

Não é possível, assim, resumir a atuação da sociedade estatal a apenas uma única e exclusiva prestação e, ainda, defini-la como serviço público, dada a própria evolução e complexidade da organização administrativa que culmina por acumular diversas atividades em um único ente⁹¹.

1.4.3. A impossibilidade de utilização do critério lucro como definidor do objeto social

Por fim, o critério lucro também não pode ser aceito como definidor da natureza jurídica da empresa estatal, haja vista ser da própria essência da atividade empresária a busca pelo resultado superavitário.

Além disso, o surgimento das empresas estatais deu-se exatamente em áreas desinteressantes para a iniciativa privada, como forma de fomentar a economia e o desenvolvimento nacionais ou em áreas consideradas prioritárias para o governo. Contudo, feito o investimento inicialmente desinteressante à iniciativa privada, no longo prazo, mesmo tais atividades buscam resultado financeiro favorável.

Como exemplo, é possível a citação do Banco Nacional do Desenvolvimento Social – BNDES, criado inicialmente sob a forma de Autarquia Federal, fora transformado em empresa pública pela Lei 5.662/71⁹², cujo objeto social é o

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7624.htm. Acesso em 25 de jul. 2017.

⁹⁰ De acordo com o sítio eletrônico da Infraero, os aeroportos de Guarulhos/SP, Brasília/DF, Campinas/SP (Viracopos), Rio de Janeiro/RJ (Galeão), Belo Horizonte/MG (Confins) e Natal/RN já estão operando sob a gestão de consórcios diversos formados, inclusive, pela presença de investidores estrangeiros. Acesso em: <http://www.infraero.gov.br/index.php/br/transparencia/concessao.html>. Acesso em 25 de jul. 2017.

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre “serviço público” e “atividade econômica”. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro/RJ, ano 1, número 1, p. 119-135, jan/mar. 2006, p. 127.

⁹² BRASIL, Lei 5.662, de 21 de junho de 1971. Enquadra o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) na categoria de empresa pública, e dá outras providências. Brasília, 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5662.htm. Acesso em 25 de jul. 2017.

desempenho de atividades de interesse para o desenvolvimento da economia nacional⁹³, podendo tranquilamente ser considerado como serviço público essencial.

Todavia, mesmo com a característica de desenvolvimento nacional, o BNDES registrou lucratividade superior a 6 bilhões de reais no ano de 2016⁹⁴. Já no primeiro trimestre do ano de 2017, a lucratividade da referida instituição caiu vertiginosamente, em razão da crise econômica que assola o país⁹⁵.

Ressalte-se que a atuação do BNDES é feita também com a aquisição de ações de companhias que atuam em áreas relevantes para o desenvolvimento nacional. Em que pese a decisão de se injetar capital em uma determinada companhia não seja tomada em razão do retorno financeiro do acionista do banco, também não se pode alijar tal retorno por completo⁹⁶.

Acaso se imagine um cenário de crise aprofundada e o BNDES passe a registrar continuamente prejuízos, por vários anos seguidos, seria possível, então, sob a orientação do Supremo Tribunal Federal, a transmutação de sua natureza jurídica para direito público, com todos os benefícios da Fazenda Pública.

Afinal, ter-se-ia uma empresa pública, prestadora de serviço público - focada no desenvolvimento econômico nacional – desenvolvendo atividade privativa do Estado, sob regime de monopólio - juntamente com outros órgãos estatais, é verdade. E, por fim, ter-se-ia que o objetivo principal não é o lucro, haja vista funcionar por sucessivos períodos em regime deficitário, mas mantendo o desenvolvimento nacional da economia como meta.

O raciocínio é lógico: os recursos públicos alocados no desenvolvimento da economia são, em última análise, investimentos públicos com o fulcro de melhorar a situação econômica de todo o país, interesse público absolutamente relevante. Os

⁹³ Interpretação do artigo 9º, letra “b”, da Lei 5.662/71.

⁹⁴ Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/bndes-teve-lucro-de-6-bi-no-ano-de-2016>. Acesso em 26 de jul. 2017.

⁹⁵ Disponível em: <http://www.valor.com.br/financas/4967140/lucro-do-bndes-cai-76-no-primeiro-trimestre-para-r-373-milhoes>. Acesso em 26 de jul. 2017.

⁹⁶ SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma Rule of Law e a relevância das alternativas institucionais. Revista Direito GV, São Paulo, Editora Fundação Getúlio Vargas, v. 6, n. 1, p. 213-252, jan./jun. 2010, p. 229.

recursos públicos alocados no capital privado, portanto, procuram satisfazer ao interesse público⁹⁷.

Seguir o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal permitirá, então, o surgimento da seguinte situação caricata: enquanto lucrativo, o BNDES seria empresa com natureza jurídica de direito privado, mas, acaso torne-se deficitário, as regras do direito público mereceriam imediata aplicação.

Em outras palavras, se por azar do destino, a empresa estatal for lucrativa, ela merecerá perder os benefícios da imunidade tributária e do pagamento de seus débitos sob a sistemática do regime de precatórios.

Mesmo nos exemplos da Infraero e dos Correios, já apreciados pela Corte Suprema, a lógica se aplica. Afinal, ambos desenvolvem atividades secundárias com flagrante interesse lucrativo, a exemplo dos contratos de aluguel firmados quanto aos espaços disponíveis nos aeroportos e também quanto aos contratos de franquia firmados com interessados em manter uma agência postal.

Demonstra-se, portanto, que também o critério lucratividade não pode ser utilizado na definição da natureza jurídica da empresa estatal, sob pena de se criar entes híbridos que, a depender do cenário econômico, poderiam ser considerados públicos ou privados e ter a aplicação de diferentes regras de direito material e processual.

As críticas ao modelo adotado pelo Supremo Tribunal Federal não se resumem apenas à impertinência das conclusões formuladas com base em critérios desarrazoados e desprovidos de definição segura. As consequências da autarquização das empresas estatais se espriam por diversos outros setores da vida pública do país, com consequências desastrosas.

A título de exemplo, é possível destacar a dificuldade cada vez maior de o Estado optar pela gestão privada de seus recursos, sob a modalidade de empresas estatais, dada as limitações criadas pela Corte Suprema, além do prejuízo ao direito

⁹⁷ EIZIRIK, Nelson. As sociedades com participação estatal e o Tribunal de Contas. In: Questões de Direito Societário e Mercado de Capitais. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987, p. 32.

dos credores que no curso do processo foram surpreendidos com o pagamento de seus créditos sob o regime de precatórios.

Acaso os contratantes tivessem ciência desde o início das dificuldades em conseguir o adimplemento dos créditos, haja vista negociarem com pessoas jurídicas de direito público e não privado, dificilmente manteriam as mesmas condições de preço, modo de execução e prazo de pagamento entabulados.

Por fim, deve-se ressaltar o prejuízo ao próprio pacto federativo, afetado pelo reconhecimento de imunidade tributária a diversos entes não abrangidos pela Constituição Federal, o que dificulta e prejudica ainda mais a arrecadação e a saúde financeira das pessoas políticas que não são controladores das referidas companhias⁹⁸.

Ocorre que a natural consequência da paulatina “autarquização” das empresas públicas e sociedades de economia mista é o controle cada vez maior dos atos de tais companhias pelos Tribunais de Contas, haja vista ser público o regime jurídico aplicável a tais companhias. A fundamentação jurídica para tanto estaria no artigo 71, inciso II, da Constituição Federal⁹⁹ que estabelece a competência dos órgãos de controle externo no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal fora provocado em algumas ocasiões para deliberar sobre a possibilidade ou não do controle dos atos de administradores de empresas estatais pelo Tribunal de Contas da União. Analisa-se no presente trabalho quatro julgados marcantes para a definição da até hoje prevalecente tese na jurisprudência daquele tribunal (**Capítulo 2**).

⁹⁸ PINTO, Henrique Motta. Empresa estatal: modelo político em crise? Dissertação de Mestrado. Orientador: Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8969/1/Henrique%20Motta%20Pinto.pdf>. Acesso em 29 jul. 2017, p. 192.

⁹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 04 mai. 2017. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

Capítulo 2. A construção jurisprudencial do Supremo quanto ao controle dos atos das estatais pelos Tribunais de Contas

De acordo com o artigo 71, inciso II, da Constituição Federal, as contas de administradores e demais responsáveis por valores públicos, inclusive da Administração Indireta e de sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público estariam sujeitas ao controle da Corte de Contas.

Contudo, a natureza jurídica de direito privado das empresas estatais é a tese defendida pela corrente contrária à fiscalização de tais entes pelos órgãos de controle externo. Permitir o controle dos atos das companhias seria desvirtuar sua natureza jurídica como se inexistisse a possibilidade de descentralização administrativa por meio de entes privados.

Quando provocado para deliberar acerca da possibilidade ou não do controle das empresas estatais pelo Tribunal de Contas da União, o Supremo Tribunal Federal adotou posicionamentos divergentes.

Inicialmente, adotara a Corte Suprema tese favorável à impossibilidade de controle dos atos das estatais pelo Tribunal de Contas da União, quando do julgamento dos Mandados de Segurança de número 23.627 e 23.875 (2.1). Posteriormente, ocorrera uma mudança de entendimento dos Ministros que, de forma unânime, entenderam pela possibilidade do controle, quando do julgamento dos Mandados de Segurança 25.181 e 25.092 (2.2).

Pretende-se nas linhas seguintes expor cada um dos casos analisados para, posteriormente, apresentar-se a fundamentação teórica dos referidos julgados (2.3) e, ao final, serem tecidas reflexões sobre o posicionamento exarado (2.4).

2.1. Estudos de Caso – A posição inicial do Supremo no MS 23.627¹⁰⁰ e no MS 23.875¹⁰¹

Nos autos do Mandado de Segurança de número 23.627, o Supremo Tribunal Federal apreciou demanda impetrada pelo Banco do Brasil S/A, sociedade de economia mista federal, em face de ato atribuído ao Tribunal de Contas da União. A autoridade impetrada determinou que o banco instaurasse tomada de contas especial para apurar fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano aos cofres do Banco quanto a operações financeiras realizadas na agência de Viena, Áustria.

¹⁰⁰ EMENTA: CONSTITUCIONAL. 'WRIT' CONTRA ATO DO TCU QUE DETERMINA A INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL, PARA APURAÇÃO DE FATOS E RESPONSABILIDADES EM OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS NA AGÊNCIA DO BANCO DO BRASIL DE VIENA. TENTATIVA DE FISCALIZAÇÃO EM ATIVIDADE TÍPICAMENTE PRIVADA, DESENVOLVIDA POR ENTIDADE CUJO CONTROLE ACIONÁRIO É DA UNIÃO. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE DO REFERIDO PROCEDIMENTO COM O REGIME JURÍDICO DO BANCO IMPETRANTE (CELETISTA); AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO E DA CORRESPONDENTE PREVISÃO LEGAL PARA INSTAURAÇÃO DESTE INSTITUTO. O IMPETRANTE, INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DO ESTADO, SUBMETE-SE AO REGIME JURÍDICO DAS PESSOAS DE DIREITO PRIVADO. DA MESMA FORMA, **OS ADMINISTRADORES DE BENS E DIREITOS DAS ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO - COMO EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA - NÃO SE SUBMETEM ÀS REGRAS DOS ADMINISTRADORES DE BENS DO ESTADO. NÃO SE SUJEITAM A PRESTAR CONTAS AO TCU. EXCEÇÃO QUANTO A QUESTÕES A ENVOLVER DINHEIRO, BENS E VALORES PÚBLICOS E ATOS DE ADMINISTRAÇÃO QUE CAUSEM PREJUÍZO AO TESOUREO.** NÃO MERAS ATIVIDADES BANCÁRIAS. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO.(MS 23627, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2002, DJ 16-06-2006 PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00086) (**Grifos do Autor**).

¹⁰¹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. ATO DO TCU QUE DETERMINA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DE EMPREGADO DO BANCO DO BRASIL - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A., SUBSIDIÁRIA DO BANCO DO BRASIL, PARA APURAÇÃO DE "PREJUÍZO CAUSADO EM DECORRÊNCIA DE OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO FUTURO DE ÍNDICES BOVESPA". ALEGADA INCOMPATIBILIDADE DESSE PROCEDIMENTO COM O REGIME JURÍDICO DA CLT, REGIME AO QUAL ESTÃO SUBMETIDOS OS EMPREGADOS DO BANCO. O PREJUÍZO AO ERÁRIO SERIA INDIRETO, ATINGINDO PRIMEIRO OS ACIONISTAS. **O TCU NÃO TEM COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS CONTAS DOS ADMINISTRADORES DE ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO. A PARTICIPAÇÃO MAJORITÁRIA DO ESTADO NA COMPOSIÇÃO DO CAPITAL NÃO TRANSMUDA SEUS BENS EM PÚBLICOS. OS BENS E VALORES QUESTIONADOS NÃO SÃO OS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MAS OS GERIDOS CONSIDERANDO-SE A ATIVIDADE BANCÁRIA POR DEPÓSITOS DE TERCEIROS E ADMINISTRADOS PELO BANCO COMERCIALMENTE. ATIVIDADE TÍPICAMENTE PRIVADA, DESENVOLVIDA POR ENTIDADE CUJO CONTROLE ACIONÁRIO É DA UNIÃO.** AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE AO IMPETRADO PARA EXIGIR INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL AO IMPETRANTE. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO.(MS 23875, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2003, DJ 30-04-2004 PP-00034 EMENT VOL-02149-07 PP-01270 RTJ VOL-00191-03 PP-00887) (**Grifos do Autor**).

Segundo consta dos autos, referida agência teria assumido, sem qualquer amparo legal ou regulamentar, débito contraído por um ex gerente seu junto a um banco internacional. Além disso, na mesma agência, houve a concessão de financiamento a uma empresa, mediante a realização de saques a descoberto em sua conta corrente, sem a apresentação dos documentos de embarque das mercadorias correspondentes bem como após expirado o prazo de validade da garantia ofertada por banco diverso ao correntista.

O Banco do Brasil alegou, então, junto ao Supremo Tribunal Federal que o procedimento de Tomada de Contas Especial seria incompatível com o regime jurídico dos trabalhadores da iniciativa privada e, por serem regidos pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁰², seus empregados não teriam o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União.

Além disso, a Tomadas de Conta especial apenas poderia ser manejada em caso de dano ao erário¹⁰³, o que não ocorreria com a sociedade de economia mista, cujos bens possuem natureza privada, haja vista a independência patrimonial entre a instituição financeira e a União. Posto isto, em caso de eventual prejuízo causado por empregado do banco, a apuração e responsabilização de danos deveria ocorrer sob a utilização de mecanismos privados.

Por fim, segundo os ditames do parágrafo 1º, do artigo 7º, da Lei 6223/75¹⁰⁴, o controle excessivo do Tribunal de Contas sobre as atividades da sociedade de economia mista contraria o disposto no artigo 173, parágrafos 1º e 2º, da Constituição

¹⁰² BRASIL, Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro/RJ, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 27 de jul. 2017.

¹⁰³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública. 3ª edição. Belho Horizonte/MG: Fórum, 2005, p. 31.

¹⁰⁴ BRASIL, Lei 6.223, de 14 de julho de 1975. Dispõe sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União, pelo Congresso Nacional, e dá outras providências. Brasília/DF, 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6223.htm. Acesso em 27 de jul. 2017. Art. 7º - As entidades com personalidade jurídica de direito privado, de cujo capital a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município ou qualquer entidade da respectiva administração indireta seja detentor da totalidade ou da maioria das ações ordinárias, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo. § 1º - A fiscalização prevista neste artigo respeitará as peculiaridades de funcionamento da entidade, limitando-se a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos, e levará em conta os seus objetivos, natureza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia.

Federal, porquanto restringiria a autonomia da atividade empresarial privada, que opera sob o regime de competição.

Sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, então presidente da Corte, foi deferida medida liminar para suspender a eficácia da decisão do Tribunal de Contas até julgamento final do processo.

Ao prestar informações, a autoridade impetrada argumentou no mérito que as regras dos artigos 70 e 71, inciso II, da Constituição Federal determinam a fiscalização e controle do Tribunal de Contas da União quanto a todo e qualquer bem ou valor que venha onerar o erário, incluindo-se os entes da Administração Indireta. Trata-se, inclusive, de interpretação dos artigos 1º, 4º e 5º da Lei 8.443/92.

Além disso, se a União é acionista controladora do Banco do Brasil, eventual prejuízo da sociedade de economia mista em um futuro irá recair sobre a Administração, ainda que indiretamente. Exatamente por isto, não se pode aceitar a inteira sujeição das empresas estatais ao regime jurídico de direito privado, mas a um regime híbrido, com a incidência de diversas normas de direito público.

A Procuradoria Geral da República opinou pela denegação da segurança, concordando com os argumentos meritórios da autoridade impetrada.

Acatando integralmente os argumentos da defesa, o Ministro Carlos Velloso, novo relator do processo após redistribuição, revogou a liminar e denegou a segurança em seu voto. Para ele o âmbito de abrangência do artigo 71, inciso II, da Constituição Federal inclui a competência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar os bens e valores públicos, inclusive da administração indireta.

O simples ingresso do capital público na empresa estatal não teria o condão de alterar a natureza jurídica desta verba. Em suma, um dano ao Banco do Brasil seria um dano tanto ao capital privado quanto ao capital público, sendo um verdadeiro dano ao erário. Nesta oportunidade, a Ministra Ellen Gracie acompanhou integralmente o relator.

Abrindo a divergência, o Ministro Ilmar Galvão afirma que as disposições do artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal exigiam a edição de lei para definir

a forma de fiscalização e responsabilização dos administradores de estatais. Tal norma ainda estava pendente de edição quando do julgamento dos autos nos idos do ano de 2002.

A competência da fiscalização do Tribunal de Contas estaria restrita aos bens públicos, sendo certo que os bens das estatais revestem a qualidade de bens privados, próprios, que não se confundem com os bens do Estado¹⁰⁵. Para o Ministro Ilmar Galvão, portanto, o fato de a União ter integralizado o capital público na pessoa jurídica de direito privado, este torna-se capital privado.

Acompanhando a divergência, o Ministro Nelson Jobim trouxe o argumento de que é inconcebível o Tribunal de Contas ampliar o seu espectro de atuação para toda e qualquer empresa estatal em todo e qualquer ato por elas praticadas.

Já para o Ministro Maurício Corrêa, haveria uma total incompatibilidade entre a atividade mercantil desempenhada pelo Banco do Brasil e a atuação fiscalizatória do Tribunal de Contas, eis que inibiria o desempenho no mercado com danos irreparáveis à própria atividade econômica, em especial, quanto à capacidade concorrencial. Os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves e Marco Aurélio também acompanharam a divergência para deferir a segurança.

Assim, o Supremo Tribunal Federal concedera a segurança, por maioria de votos, para reconhecer a ilegalidade da determinação do Tribunal de Contas e desobrigar a instituição bancária a promover a instauração do procedimento de tomada de contas especial.

Já nos autos do Mandado de Segurança de número 23.875, apreciou-se *writ* impetrado pelo Banco do Brasil – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A também contra ato atribuído ao Tribunal de Contas da União que determinara instauração de tomada de contas especial.

¹⁰⁵ Para o Ministro designado Relator: “ Se de bens privados se trata, é fora de dúvida que os seus administradores não estão sujeitos a prestar contas ao TCU”. Excerto extraído do inteiro teor do Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85996>. Acesso em 27 jul. 2017.

Desta feita, o objeto de controle seria o prejuízo causado por empregado do impetrante, em razão de operações realizadas no Mercado Futuro de Índices BOVESPA, sem atentar às normas internas da Instituição que regulam o tema. Também aqui os argumentos utilizados pela subsidiária do Banco do Brasil e pela autoridade impetrada foram idênticos, ao ponto de o Ministro Relator Carlos Velloso os ter considerado “casos iguais”^{106 107}.

Discutia-se, assim, a impossibilidade do controle pelo Tribunal de Contas, dos atos de entidade cuja personalidade jurídica é de direito privado, sendo a União apenas sócia da companhia. Além disso, argumentavam os impetrantes que por seus empregados serem regidos pelas normas trabalhistas privadas, estes não estariam sujeitos ao controle externo do Tribunal de Contas da União.

Em ambas oportunidades, a Corte Suprema concedera a segurança para determinar a impossibilidade de instauração de tomada de contas especial em relação às companhias impetrantes. Limitar-se-ia a competência dos Tribunais de Contas à análise e fiscalização de bens e valores públicos, sendo certo que o patrimônio de empresas públicas e sociedades de economia mista não revestem a qualidade de bens públicos, mas de bens privados.

¹⁰⁶ Excerto extraído do inteiro teor do acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86046>. Acesso em 25 jul. 2017, p. 10.

¹⁰⁷ Os dois processos foram julgados em plenário conjuntamente e os votos de cada Ministro foram replicados em ambos.

2.2. Estudo de Caso – A revisão do entendimento e a posição do Supremo no MS 25.181¹⁰⁸ e no MS 25.092¹⁰⁹

Nos autos do Mandado de Segurança de número 25.181, o Supremo Tribunal Federal apreciara pedido de Presidente do Banco do Nordeste do Brasil S/A¹¹⁰ em face do Tribunal de Contas da União.

Segundo consta dos autos, o impetrante autorizou a renegociação de uma antiga dívida com empresa credora do Banco e, por conta disto, sofrera procedimento

¹⁰⁸ MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO - CONSULTOR JURÍDICO - SUSTENTAÇÃO DA TRIBUNA. Versando o mandado de segurança ausência de atribuição do Tribunal de Contas da União, cabível é a sustentação da tribuna pelo consultor jurídico do Órgão. MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - CHAMAMENTO AO PROCESSO DAS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO - INADEQUAÇÃO. A previsão do artigo 49 da Constituição Federal - de cumprir ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta - não atrai a participação do Poder Legislativo na relação processual de mandado de segurança impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União. **SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - FISCALIZAÇÃO. Ao Tribunal de Contas da União incumbe atuar relativamente à gestão de sociedades de economia mista. Nova inteligência conferida ao inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, ficando superada a jurisprudência que veio a ser firmada com o julgamento dos Mandados de Segurança nºs 23.627-2/DF e 23.875-5/DF.** (MS 25181, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2005, DJ 16-06-2006 PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00131) **(Grifos do Autor)**.

¹⁰⁹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: FISCALIZAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ADVOGADO EMPREGADO DA EMPRESA QUE DEIXA DE APRESENTAR APELAÇÃO EM QUESTÃO RUMOROSA. **I. - Ao Tribunal de Contas da União compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, art. 71, II; Lei 8.443, de 1992, art. 1º, I).** II. - As empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista. III. - Numa ação promovida contra a CHESF, o responsável pelo seu acompanhamento em juízo deixa de apelar. O argumento de que a não-interposição do recurso ocorreu em virtude de não ter havido adequada comunicação da publicação da sentença constitui matéria de fato dependente de dilação probatória, o que não é possível no processo do mandado de segurança, que pressupõe fatos incontroversos. IV. - Mandado de segurança indeferido. (MS 25092, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2005, DJ 17-03-2006 PP-00006 EMENT VOL-02225-03 PP-00407) **(Grifos do Autor)**.

¹¹⁰ O Banco do Nordeste do Brasil S/A é sociedade de economia mista com criação autorizada pela Lei 1.649 de 19 de Julho de 1952 e cujo capital social pertence em 70% (setenta por cento) à União. BRASIL, Lei 1.649 de 19 de julho de 1952. Cria o Banco do Nordeste do Brasil e dá outras providências. Brasília, 1952. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1649.htm. Acesso em 04 mai. 2017.

junto ao Tribunal de Contas da União, redundando na aplicação de multa pessoal no valor de R\$. 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Argumentara o impetrante que a dívida havia sido contraída em 1989 e durante seis anos não houve qualquer tipo de amortização. Em março de 1995, quando a operação de crédito já estava bastante desfigurada, a renegociação proposta pelo impetrante fora considerada vantajosa pela área técnica do banco e houve a amortização parcial da dívida. Em 1998, em razão do inadimplemento do contrato, necessário o ajuizamento de cobrança judicial do débito pelo banco.

Juridicamente, o Presidente do Banco alegou que os atos por ele praticados foram exclusivamente bancários e em favor da companhia, não se podendo cogitar na fiscalização e aplicação de penalidade pelo órgão de controle externo, por se tratar de gerência de valores privados e não públicos. Tratar-se-ia, pois, de situação diversa da prevista no artigo 71, inciso II, da Constituição Federal.

A Ministra Ellen Gracie, então presidente da Corte, deferiu medida liminar para suspender a inscrição do impetrante no Cadastro Informativo de Débitos não Quitados de Órgãos e Entidades Federais – CADIN, até julgamento final do mandado de segurança.

O Tribunal de Contas da União prestou informações salientando a necessidade de revisão do posicionamento judicial quanto ao decidido no MS 23.627 e no MS 23.875, eis que seria de sua competência a fiscalização dos bens e valores públicos investidos nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Para o Ministério Público Federal, o regime híbrido das empresas estatais exige a aplicação tanto do direito público quanto do direito privado em sua atuação. Detendo a União mais da metade do capital integralizado do Banco do Nordeste do Brasil S/A, eventual desfalque em suas contas acarretará por consequência desfalque ao próprio erário. Por esta razão, opinou o Procurador Geral da República pela revogação da liminar concedida e a consequente denegação da segurança.

Já no Mandado de Segurança 25.092¹¹¹, o Supremo Tribunal Federal apreciara demanda proposta por advogado da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF¹¹² que por não ter interposto recurso de apelação contra uma sentença proferida em desfavor da estatal, sofrera procedimento de Tomada de Contas Especial pelo Tribunal de Contas da União que redundara na aplicação de multa pessoal no valor de R\$. 5.000,00 (cinco mil reais).

Sustentara o impetrante a impossibilidade do controle dos atos por ele praticados pelo Tribunal de Contas, eis que não exerce qualquer função de diretoria ou administração de recursos públicos que ensejasse a atuação do órgão de controle externo. Além disso, a não interposição do recurso teria ocorrido, em razão de a comunicação da publicação da sentença não ter sido repassada ao impetrante que desconhecia o resultado do processo.

A autoridade impetrada mais uma vez requereu a mudança do entendimento da Corte Suprema para reconhecer a competência e essencialidade do Tribunal de Contas da União no controle externo dos atos das empresas estatais. Isto porque quando a União possuir mais da metade do capital social da companhia, esta seria eminentemente pública, impondo-se um controle rigoroso sobre seus atos para evitar o desvio e desperdício de recursos públicos.

Além disso, a mudança na composição da corte – alterada em quase 50% (cinquenta por cento) – permitiria a rediscussão e consolidação da matéria em um novo posicionamento. Neste processo, também opinou pela denegação a segurança a Procuradoria Geral da República.

Para o Ministro Marco Aurélio, relator do MS 25.181, mudando o seu voto antes proferido nos anteriores julgados analisados, o texto constitucional do artigo 71, inciso II, alcança todos os entes da Administração como um todo. Para ele, as empresas

¹¹¹ Ambos os processos foram julgados em conjunto e os votos dos Ministros foram colhidos em conjunto.

¹¹² A CHESF é companhia subsidiária da ELETROBRÁS, sociedade de economia mista cuja criação fora autorizada pela Lei 3.890-A, de 25 de abril de 1961. BRASIL, Lei 3.890-A, de 25 de abril de 1961. Autoriza a União a constituir a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S. A. - ELETROBRÁS, e dá outras providências. Brasília, 1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3890Acons.htm. Acesso em 04 mai. 2017.

estatais precisam da natureza jurídica de direito privado para viabilizar sua atuação e desenvoltura no mercado.

Contudo, o interesse público que circunda o capital injetado público na pessoa jurídica exige o controle de toda a sociedade. A personalidade jurídica de direito privado não poderia ser utilizada como um escudo protetor para operarem exclusivamente sob as diretrizes de suas próprias metas. A supremacia do interesse público sobre o privado é elemento essencial que distingue as sociedades estatais, sendo a personalidade jurídica de direito privado mero elemento accidental.

O artigo 71, inciso II, da Constituição Federal fala que as sociedades mantidas pelo poder público estariam abrangidas no controle dos Tribunais de Contas. Exatamente por isto, algum sentido é necessário conferir-se algum sentido a referida expressão, sendo de suma importância a fiscalização não só da aplicação direta do dinheiro público, mas também a sua utilização indireta, através das sociedades estatais.

E aqui, o Exmo. Ministro utiliza argumentos essencialmente políticos para justificar suas conclusões: as empresas estatais tem sofrido constantemente com a ausência de cautela de seus administradores no campo da atuação financeira, mediante a feitura de negócios temerários em face de envolvimento políticos,¹¹³ sendo necessário o controle dos Tribunais de Contas para se evitar maiores abalos financeiros.

Assim, seria necessária uma maior eficácia possível ao comando constitucional para se aplicar a fiscalização da corte de contas, haja vista que o capital das empresas estatais é, em última análise, de toda a coletividade. Neste sentido, concluiu o Ministro Relator, indeferindo a segurança, que mesmo os atos de gestão de administradores de empresas estatais ou sociedades de economia mista estariam sujeitos ao controle dos Tribunais de Contas, por serem passíveis de prejudicar o erário.

Quanto ao Mandado de Segurança 25.092, o Ministro Relator Carlos Velloso, transcrevendo as razões do seu voto antes proferido nos MS 23627 e 23875, também

¹¹³ Quanto a este ponto, destacam-se adiante as nomeações de administradores sob critério absolutamente políticos como justificados das decisões do Supremo Tribunal Federal.

julgou os pedidos improcedentes. Para ele, um dano à sociedade de economia mista é também um dano ao capital público e ao Erário, por consequência.

A preocupação externada dizia respeito à ausência de saúde financeira de centenas de sociedades de economia mista naturalmente beneficiadas pela decisão que seria tomada. A fiscalização seria necessária em razão de muitas destas entidades não cuidarem bem do dinheiro e bens públicos, cabendo aos Tribunais de Contas o zelo e guarda do Erário¹¹⁴. Qualquer ato das empresas estatais deveria, portanto, sofrer fiscalização.

Já o Ministro Eros Grau entende que as estatais, empresas públicas ou sociedades de economia mista, independente de prestarem serviço público ou exercerem atividade econômica em sentido estrito são entidades da Administração Indireta¹¹⁵.

Assim, o ingresso do capital público na empresa estatal não teria o condão de transmutar sua natureza jurídica, sendo certo que, para o Ministro, os bens das estatais permanecem sendo bens públicos e, portanto, passíveis de fiscalização pelos Tribunais de Contas. Para o Ministro, tanto os atos de gestão como os demais atos praticados pelas empresas estatais devem sofrer fiscalização externa.

Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa reforçou que a agilidade operacional buscada pelas estatais com a atribuição de natureza jurídica de direito privado não as torna imunes ao controle dos Tribunais de Contas. O rótulo de pessoa jurídica de direito privado não corresponde à realidade jurídico-positiva a que as estatais estão submetidas. Expresso estaria na Carta Magna a necessidade de submissão das estatais aos órgãos de controle externo¹¹⁶.

Para ele, a justificativa da atuação do Tribunal de Contas estaria presente também no artigo 49, inciso X, da Constituição Federal que confere ao Congresso

¹¹⁴ Excerto extraído do inteiro teor do voto do Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86258>. Acesso em 28 jul. 2017, p. 25.

¹¹⁵ GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988. 10ª edição. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2005, p. 119.

¹¹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Empresas públicas e sociedades de economia mista. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 1978, p. 53.

Nacional a competência para fiscalizar e controlar atos do Poder Executivo, inclusive os da Administração Indireta¹¹⁷.

Acompanhando o relator, o Ministro Carlos Ayres Britto entende temerária a afirmação de que o capital público se despublicizaria com a integralização nas companhias estatais. A própria Constituição Federal em seu artigo 165, parágrafo 5º¹¹⁸, ao prever os tipos de orçamento previstos para os entes públicos, inclui nas previsões orçamentárias tanto as empresas públicas como as sociedades de economia mista.

Já para o Ministro Cezar Peluso, a dificuldade da interpretação seria quanto à metodologia de fiscalização, não quanto à competência em si: bastante complexa a conciliação da autonomia empresarial com o interesse público. Necessário seria a compatibilização da competência técnica dos auditores do Tribunal de Contas com o bom senso e seriedade na análise dos atos de administradores de empresas públicas¹¹⁹.

A dificuldade estaria quando a fiscalização dos órgãos de controle externo começasse a interferir na própria gestão das companhias, devendo existir uma forma de se restringir a atuação no que pertine ao resguardo do interesse público¹²⁰. Contudo, a própria existência de auditorias internas das estatais já seriam uma prova

¹¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 21 jul. 2017.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

¹¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 06 mai. 2017.

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. [...] § 5º A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

¹¹⁹ Merece transcrição expressa parte do Voto do Ministro Cezar Peluso, extraído do inteiro teor do acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86258>. Acesso em 28 jul. 2017. Segundo o Ministro, enquanto não editada a Lei que regula as estatais: “é bom advertir que o Tribunal de Contas deve preocupar-se sobretudo com essa metodologia para não inviabilizar, vamos dizer, a operacionalidade dessas empresas”, p.51.

¹²⁰ *Idem*. “O que não pode é o Tribunal de Contas interferir em políticas e em estratégias empresariais, devendo restringir-se aos termos do artigo 72 para resguardar o interesse público contra procedimentos capazes de acarretar danos ao erário”.

de que o controle externo é recomendável às estatais que comportariam fiscalizações compatíveis com sua natureza¹²¹.

Para o Ministro Gilmar Mendes, a escolha da forma de atuação do Estado, seja por meio de entidades autárquicas ou fundacionais, seja por intermédio de empresas estatais muitas vezes é eleita de forma absolutamente arbitrária. Assim, alegar que os bens destas entidades não seriam públicos, poderia trazer consequências extremamente gravosas.

Referido Ministro, em que pese defender a necessidade de limitações à atuação dos Tribunais de Contas, reconheceu a possibilidade de controle externo das estatais, oportunidade em que fora acompanhado pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Unâнимes, portanto, ambos os julgamentos para denegar a segurança.

Em ambos os casos, a Corte Suprema reviu o entendimento inicialmente firmado para reconhecer a possibilidade de atuação e controle do Tribunal de Contas quanto às empresas estatais, eis que a maioria do capital social de ambas as companhias é estatal e, exatamente por isto, seria necessária uma fiscalização com caráter eminentemente público.

O controle exercido pelo Tribunal de Contas teria, assim, um papel preponderante, eis que evitaria o desvio e desperdício de recursos públicos injetados nas respectivas companhias.

2.3. Fundamentação Teórica

Para o Supremo Tribunal Federal, é necessário ter em conta a supremacia do interesse público que circunda a empresa estatal, dado que capital público fora injetado na sociedade. A abrangência do inciso II, do artigo 71, da Constituição Federal que estabelece a competência dos Tribunais de Contas envolve toda a

¹²¹ Neste ponto, não se pode concordar com o Ministro, haja vista a imensa quantidade de entes privado que também possuem corpo de auditores internos e externos.

Administração Indireta, inclusive as sociedades instituídas e mantidas pelo poder público.

Seria, então, competência do Tribunal de Contas da União a fiscalização do capital público subscrito e integralizado na sociedade, conforme previsão constitucional reforçada por norma federal que dispõe sobre a lei orgânica do referido órgão.

O entendimento é reforçado pelos artigos 165 da Constituição Federal que prevê regras orçamentárias também para estas empresas. Seria, pois, temerário – nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence¹²² – afirmar que o capital inicialmente público injetado nas estatais se despublicizaria com a sua integrabilidade.

Contudo, quando do julgamento dos referidos processos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal atacaram por diversos momentos a má utilização das empresas estatais como reforço para a defesa da tese de necessidade do controle dos atos dos administradores.

Seja porque arbitrária a forma de escolha de atuação do Poder Público através de estatais, sem o necessário crivo técnico quando da opção legislativa¹²³ ou porque a história recente demonstra a ausência de cautela dos gestores com os bens e valores de tais companhias. Assim, grande a possibilidade de uma gestão descabida gerar prejuízo ao erário¹²⁴.

O Supremo Tribunal Federal adotara uma solução prática para evitar a malversação de recursos públicos ante a – muitas vezes - descabida opção por empresas estatais quando a Administração deveria atuar por meio de Autarquias ou Fundações e ante a malversação dos recursos por parte dos Administradores escolhidos para gerirem as companhias estatais.

¹²² Excerto extraído do inteiro teor do Acórdão do MS 25.181/DF (MS 25181, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2005, DJ 16-06-2006 PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00131). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86278>. Acesso em 06 mai. 2017, p. 42.

¹²³ *Idem*. Opinião do Ministro Gilmar Mendes, p.50.

¹²⁴ *Ibidem*. Posicionamento do Ministro Marco Aurélio, p.21.

Para os Ministros, o dinheiro e bens das empresas estatais devem ser considerados bens públicos e como tal sujeitam-se ao crivo e controle dos Tribunais de Contas. Este, inclusive, seria altamente positivo guiando a atuação dos gestores de companhias estatais que, por diversas vezes atuam com menosprezo à vida econômico-financeira destas¹²⁵.

Além disso, o interesse público que circunda a atuação das estatais seria elemento justificador da atuação do controle externo, independente dos atos praticados, se atos de gestão ou atos administrativos.

A posição do Supremo Tribunal Federal fora mantida alguns anos depois demonstrando a força e a pacificação dos argumentos esposados. Em 2011, ao julgar recurso interposto quanto ao controle do Tribunal de Contas do Estado de Goiás em face de sociedade de economia mista daquele estado, a Corte Suprema – utilizando-se diretamente da jurisprudência pacificada afirmou: as sociedades de economia mista sujeitam-se à fiscalização dos Tribunais de Contas¹²⁶.

Demonstra-se, portanto, a força dos precedentes firmados nos Mandados de Segurança 25.181 e 25.092, sendo imperiosa a exposição de reflexões sobre os argumentos utilizados e o entendimento formulado pela Corte Suprema (2.4).

¹²⁵ Excerto extraído do inteiro teor do Acórdão do MS 25.181/DF (MS 25181, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2005, DJ 16-06-2006 PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00131). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86278>. Acesso em 06 mai. 2017. Posicionamento do Ministro Marco Aurélio, p. 23.

¹²⁶ DIREITO ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FISCALIZAÇÃO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: POSSIBILIDADE. ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. OFENSA INDIRETA. MATÉRIA DEPENDENTE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que as sociedades de economia mista sujeitam-se à fiscalização pelos Tribunais de Contas. 2. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que as alegações de ofensa a incisos do artigo 5º da Constituição Federal – legalidade, prestação jurisdicional, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório e ampla defesa –, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. 3. É inadmissível recurso extraordinário no qual, a pretexto de ofensa a princípios constitucionais, pretende-se o reexame de legislação infraconstitucional, dado o óbice da Súmula STF 279. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 356209 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, DJe-056 DIVULG 24-03-2011 PUBLIC 25-03-2011 EMENT VOL-02489-02 PP-00342)

2.4. Reflexão sobre o posicionamento do Supremo

Os argumentos utilizados pela Suprema Corte para a viabilização do controle das empresas estatais pelos Tribunais de Contas são motivo de inquietação deste trabalho.

Em primeiro lugar, não é razoável a afirmativa de que o capital das companhias estatais permanece sendo público após a integralização deste pela pessoa jurídica de direito público. Trata-se da essência do próprio artigo 173, parágrafo 1º, inciso II da Constituição Federal que expressamente consagra a sujeição destas pessoas jurídicas ao regime de direito privado.

Diversas sociedades de economia mista brasileira possuem expressiva relevância na bolsa de valores, fator que tende a naturalmente acentuar o espírito empresarial que circunda a atuação das companhias estatais no mercado, com uma lógica tipicamente capitalista, distanciando e muito da lógica publicista¹²⁷.

Além disso, o artigo 98 do Código Civil, ao qualificar os bens públicos expressamente afirma que apenas os são os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, não se enquadrando – por consequência – os bens das sociedades de economia mista e das empresas públicas¹²⁸.

A opção legítima pela atuação através de empresas estatais com personalidade jurídica de direito privado vai paulatinamente tornando-se algo repudiado pelo senso comum, de forma que precisa ser remediado pelos Tribunais.

Para Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza, o propósito original de concepção das empresas estatais através da despublicização e libertação das amarras do regime jurídico de direito público vai dando lugar a uma completa sujeição ao regime jurídico de direito público. Seria, então, letra morta ou fórmula vazia a

¹²⁷ MARTINS, Luciano. Estado Capitalista e burocracia no Brasil pós-64. Rio de Janeiro/RJ: Editora Paz e Terra, 1985, p. 71.

¹²⁸ BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília/DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 29 jul. 2017. Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

afirmação de que tais companhias se submetem ao regime jurídico de direito privado¹²⁹.

Contudo, conforme analisado no Capítulo 1 deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal pacificou que sujeitam-se ao regime jurídico de direito público as companhias estatais que prestam serviço público em regime de monopólio e sem intuito de auferir lucro. Tais companhias estariam sujeitas ao regime jurídico de direito público e, por consequência, seus bens seriam inalienáveis e impenhoráveis, devendo as execuções contra si manejadas sujeitarem-se à sistemática dos precatórios.

Naturalmente, se a *ratio* das decisões do Supremo Tribunal Federal diferencia as empresas estatais segundo critérios subjetivos: a atuação econômica, o regime concorrencial e a busca pela distribuição de lucros aos seus acionistas, absolutamente contraditória a afirmação de que os bens de toda e qualquer empresa estatal devem ser enquadrados na categoria de bens públicos¹³⁰.

Em síntese, se o próprio Supremo Tribunal Federal estabelece distinções subjetivas entre os tipos de empresas estatais, verdadeiro contrassenso a Corte Suprema afirmar que os bens de todas as companhias estatais se sujeitam ao mesmo regime jurídico.

Já o interesse público como elemento definidor da atuação do controle externo também deve ser visto com temperamentos, haja vista trata-se de conceito jurídico indeterminado, merecendo destacada análise (2.4.1).

Melhor sorte não merecem os argumentos puramente políticos esboçados pela Corte Suprema quanto a ausência de cuidado que administradores ao longo da existência das empresas estatais. De fato, estes costumam ser eleitos com base em uma política de conchavos com critérios exclusivamente políticos (2.4.2), mas não se

¹²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. In: Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte/MG, n. 245, p. 13-30, mai/ago. 2007, p. 20.

¹³⁰ Aqui, chama-se a atenção do leitor para o fato de que as decisões proferidas quanto à atuação dos Tribunais de Contas (Capítulo 2) foram proferidas em momento anterior às decisões proferidas quanto à imunidade tributária e regime de precatórios (Capítulo 1).

pode anular a atuação das companhias com a total ingerência dos Tribunais de Contas, apenas por se constatar resultados insatisfatórios.

A ausência de balizas na atuação do órgão de controle externo é tão prejudicial quanto os critérios políticos utilizados na nomeação dos administradores (2.4.3).

2.4.1. O interesse público como elemento justificador da atuação dos Tribunais de Contas

A justificativa de atuação dos Tribunais de Contas sob o manto da proteção ao interesse público também é fator de preocupação deste trabalho. Isto porque a na doutrina não se consegue identificar uma unanimidade quanto aos limites e à definição da expressão “interesse público”, tratando-se como verdadeiro conceito jurídico indeterminado.

Para a clássica doutrina administrativista, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello¹³¹, o interesse público é verdadeiro axioma do Direito Público e consubstancia a supremacia do interesse coletivo sobre o privado, devendo ser considerado pressuposto do Direito Administrativo na manutenção da ordem social.

A base do próprio direito administrativo se consubstanciará com a supremacia do interesse público sobre o privado¹³². Assim, sempre que colidirem o interesse privado com o da coletividade, este deve prevalecer^{133 134}.

O interesse público deixa de pertencer ao aparato da Administração e passa à concepção da sociedade, nascendo da concepção de interesse de vários interesses nesta existente¹³⁵. O interesse público não seria, então, o interesse do Estado, mas o

¹³¹MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª edição. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 41.

¹³² ESCOLA, Héctor. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires/AR: Depalma, 2006, p. 262.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66.

¹³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.77.

¹³⁵ MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 1992, p.183.

interesse de toda a coletividade, correspondendo a uma verdadeira dimensão pública dos interesses individuais¹³⁶.

De acordo com a Constituição da República Portuguesa, o interesse público seria um princípio fundamental da atuação da Administração Pública que deve buscar a prossecução deste no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos¹³⁷.

No Brasil, a fundamentação para o princípio da primazia do interesse público sobre o privado estaria, para alguns autores, consubstanciada no caput do artigo 37, da Constituição Federal que trata do princípio da impessoalidade como norteador da atuação da administração pública. Seria a impessoalidade a salvaguarda do interesse público sobre o privado¹³⁸.

Para esta corrente doutrinária, portanto, a supremacia do interesse público sobre o privado seria característica essencial ou a grande característica do regime jurídico administrativo¹³⁹.

Contudo, há um pensamento recente que vem se trilhando em sentido oposto.

Segundo o entendimento da nova corrente, haveria um verdadeiro fetichismo na doutrina administrativista tradicional em elevar à categoria de princípio fundamental a supremacia do interesse público sobre o privado, seja porque não se pode alimentar a ideia de que as prerrogativas de Estado podem se sobrepor aos direitos do cidadão, seja por remontar a um autoritarismo estatal pouco desejável na atualidade¹⁴⁰.

¹³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo/SP: Malheiros, 2010, p. 187.

¹³⁷ PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 30 jul. 2017. Artigo 266. Princípios fundamentais. 1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

¹³⁸ ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro/RJ: Editora Renovar, 2001, p.130.

¹³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 42.

¹⁴⁰ CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. *Discricionariedade administrativa e interesses públicos: superando a supremacia em busca da ponderação*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 122, p. 9-21, abr. 2011, p. 11.

Por outro lado, há forte tendência doutrinária para quem o conceito de interesse público é absolutamente indeterminado e está em profunda crise na visão do Direito Administrativo contemporâneo, podendo ser utilizado para justificar qualquer atuação estatal, ainda que arbitrária¹⁴¹.

Referido princípio não encontraria fundamento de validade no ordenamento jurídico brasileiro, seja na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional, sendo certo que a ele carecem fundamentos jurídico-positivos de validade.¹⁴²

Nesta esteira, a utilização desenfreada do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tem possibilitado o surgimento de teses absolutamente autoritárias onde os direitos e garantias fundamentais sempre devem ceder aos reclames do Estado¹⁴³.

Diversos foram os argumentos surgidos para contrapor as críticas ao interesse público, a exemplo da afirmação de que ao invés de se contrapor à concretização dos direitos fundamentais, o interesse público surgiria exatamente para a sua concretização¹⁴⁴.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado seria base da juridicidade e estaria cumprido sempre que os comandos emanados do ordenamento jurídico e da própria Constituição fossem seguidos. Assim, inexistiria qualquer

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 23-117, p.27.

¹⁴² ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 173-217, p.188.

¹⁴³ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 219-248, p.220.

¹⁴⁴ MADUREIRA, Claudio Penedo. Supremacia do interesse público sobre o privado: uma necessária desconstrução da crítica. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 161, p. 9-24, jul. 2014, p. 11.

dificuldade em se encontrar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴⁵.

Fato é que o conceito de interesse público é absolutamente volátil e muda com o passar do tempo, a depender do momento histórico. Não é, pois, o interesse público instituto jurídico imutável^{146 147}.

Não se pode conceber, portanto, que a definição da atuação dos Tribunais de Contas sobre as companhias estatais seja baseada com base no critério do interesse público, haja vista se tratar de conceito jurídico indeterminado e volátil, variável segundo o momento histórico.

2.4.2. A má administração das empresas estatais como elemento justificador da atuação dos Tribunais de Contas: a escolha dos administradores com base em critérios exclusivamente políticos

Nas discussões travadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, percebe-se uma restrição muito grande à ineficiência das companhias e ao descaso que os Administradores possuem com os bens e valores públicos.

Credita-se tal pensamento em grande parte ao processo de escolha dos Administradores até então utilizado: a utilização de uma política de troca de favores que levava à escolha de administradores com critérios exclusivamente políticos.

Tais escolhas favorecem a atuação do Poder Executivo junto ao Poder Legislativo, bem como garantem a manutenção dos acordos eleitorais firmados no processo de campanha. Assim, a Administração das estatais nunca garantiria

¹⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89-116., p. 112.

¹⁴⁶ AMARAL, Diogo de Freitas do. Curso de direito administrativo. Coimbra/PT: Almedina, 2003, V. II, p. 37.

¹⁴⁷ MAURER, Hartmut. Derecho administrativo – parte general. Trad. Para o espanhol coordenada por Gabriel Doménech Pascual. Madrid/ES: Marcial Pons, 2011, p. 50.

confiabilidade nas escolhas e atos dos administradores, eis que sempre tomadas com a desconfiança de ingerências político-partidárias.

Em que pese inaugurar um legítimo Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 88, possibilitou grande ingerência do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo no cenário brasileiro.

Identificam-se, em princípio, duas razões claras para tanto: mazelas no sistema eleitoral brasileiro que privilegia a eleição do Poder Legislativo sem qualquer identificação com seu eleitor e a necessidade do Presidente da República junto ao Congresso conquistado em momento posterior às eleições.

Desta forma, verdadeiras coalizões são formadas entre o Poder Executivo e os partidos integrantes do Legislativo com vistas à obtenção de maioria no Congresso Nacional e, conseqüentemente aprovar-se as matérias de interesse do governo.

Tal apoio é conquistado, contudo, ao preço de negociatas e conchavos envolvendo principalmente a distribuição de postos no primeiro e segundo escalões do governo. Prejudica-se, pois, sensivelmente, a qualidade dos Ministérios e dos assessores diretos da Presidência da República, eis que escolhidos por critérios exclusivamente políticos e não técnicos.

Aqui, é possível se incluir também a indicação para os cargos de Administração das empresas públicas como escolhidos sob critérios absolutamente políticos com vistas à manutenção da coalizão formada.

Grandes são as críticas direcionadas ao modelo brasileiro que dizem respeito à combinação do sistema eleitoral com o sistema de governo, eis que o próprio sistema eleitoral influencia uma criação cada vez maior de partidos e a falta de representatividade dos mesmos em relação aos eleitores¹⁴⁸.

A lógica da construção da estabilidade do governo no sistema brasileiro passa por dois eixos centrais: o regional, onde necessariamente o poder executivo precisa

¹⁴⁸ PIVA, Otávio. *Presidencialismo sem coalizão: a ruptura do modelo de relacionamento entre poderes no governo Collor*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), 2010, p. 32.

atrair o apoio dos governadores estaduais, para manter politicamente a sustentação das próximas eleições e o partidário, onde necessariamente o executivo precisa atrair o apoio da maioria das casas no congresso, que lhe permita bloquear ou promover mudanças constitucionais.

A combinação do critério regional com o partidário leva naturalmente à uma diminuição da qualidade das indicações políticas ao primeiro e segundo escalões do governo, na medida em que se tornam estratégicos para a criação de redes clientelistas, tornando os ministérios mais expressivos verdadeiros prêmios às grandes bancadas.

Ressalte-se que a própria eleição para o Congresso Nacional depende do apoio dos governantes locais, além do que o candidato ao poder executivo, em geral, atrai os votos ao poder legislativo. Em síntese, quanto mais rica a campanha, mais votos terá o candidato e a adesão à candidatura da chapa majoritária atrai boa parte dos votos ao Legislativo.

Assim, a formação das coalizões passa por dois momentos bastante definidos: a eleição, momento em que os candidatos agrupam-se politicamente em alianças com o fulcro de partilhar os votos recebidos e definição de cargos e apoios, momento posterior onde os partidos irão negociar e enfrentar-se na busca de cargos e de influência no processo decisório.

Há, pois, certa “dívida” entre o congressista e o presidente já quando da sua eleição. Quanto à oposição, a nomeação de membros para compor o primeiro e segundo escalões do governo atrai bases de partidos inteiras, transformando os principais postos em verdadeiros feudos, favorecendo a maioria do Executivo no Congresso Nacional.

Possível a formulação de tais apoios uma vez que estudos demonstram a previsibilidade do Congresso Nacional brasileiro¹⁴⁹ e a garantia de que os acertos realizados possuem grau de eficácia considerável quando comparados com o resultado das votações no plenário. Necessário, contudo, o controle pelo Executivo

¹⁴⁹ LIMONGI, Fernando. A Democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório, São Paulo: Novos Estudos – CEBRAP, n. 76, 2006, p. 17-41, p. 22.

do poder de agenda do Congresso Nacional além do acordo prévio firmado com as lideranças dos partidos.

A expressão presidencialismo de coalizão fora cunhada por Sérgio Abranches exatamente para definir o sistema de governo brasileiro: único no mundo¹⁵⁰.

No Brasil, o perfil heterogêneo, plural, diferenciado e desigual da ordem social aliado à incapacidade das elites em compatibilizar nosso formato institucional com tais características, fez surgir a necessidade da formação de grandes coalizões, através de alianças e negociações, com vistas à aquisição de governabilidade e estabilidade institucional.

Tanto o Presidente da República quanto o Congresso Nacional são eleitos concomitantemente. Assim, quanto à obtenção da maioria no Legislativo, primeiro elege-se o Presidente para que depois este busque a maioria no parlamento. Não há, pois, qualquer responsabilidade do chefe de governo para com o Congresso Nacional, situação ocorrida nos modelos parlamentaristas, onde a falta de popularidade do Executivo ante o Parlamento pode levar à queda do Primeiro Ministro.

Em caso de crise no Parlamentarismo, dissolve-se o gabinete; em caso de crise no Presidencialismo de Gabinete, demite-se o ministério, sem que o presidente perca sua autoridade; já em caso de crise no Presidencialismo de Coalizão, o presidente demite o ministério e busca novos apoios para consolidar sua base.

O modelo brasileiro permite, portanto, que o Presidente da República articule sua base de apoio junto ao Poder Legislativo através da distribuição de cargos ministeriais, cargos de Administração em empresas públicas e de recursos orçamentários entre os grandes partidos. Desta forma, são garantidos os votos necessários para implementação das políticas e direcionamentos do governo¹⁵¹.

O Executivo dispõe, ainda, de diversos instrumentos que lhe permitem controlar o trabalho dos parlamentares, além de confiar a líderes a condução dos trabalhos de

¹⁵⁰ ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro, Dados: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 31 (1988), p. 5-34, p. 7.

¹⁵¹ SANTOS, Fabiano. O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ, 2003, p. 17.

todos os membros do partido no plenário. O requisito essencial para tanto é apenas um: o domínio do poder de agenda do Congresso Nacional, que matéria pode e deve ser pautada a depender do momento político¹⁵².

Passou-se a uma situação de garantia de que os acordos realizados refletir-se-ão em votos. Se o governo quiser negociar, portanto, cargos e verbas orçamentárias em troca de votos durante a legislatura, os acordos firmados podem ser fiscalizados e corresponderão aos votos favoráveis às propostas de interesse do Executivo¹⁵³.

Pode-se afirmar que no Brasil em que pese o pluripartidarismo, existem, na prática, apenas três partidos: os que votam com o governo, os que votam contra o governo e os que vislumbram a melhor oportunidade casuisticamente¹⁵⁴.

A afirmação confirma-se na prática, eis que o índice de produção legislativa do Congresso Nacional é muito baixo, dado que seus projetos demoram tempo excessivo para serem aprovados e são consideravelmente mais alterados ou vetados em comparação com as proposições emanadas do Poder Executivo¹⁵⁵.

Tem-se, pois no Brasil um poder legislativo submisso às propostas do Executivo, quando em verdade o Congresso é quem deveria controlar politicamente aquele poder¹⁵⁶.

No Brasil, diferentemente de outros países, em razão da forma proporcional de eleição, o próprio deputado desconhece seu verdadeiro eleitor, eis que a grande

¹⁵² MACIEL, Igor Moura. O poder de agenda do Congresso Nacional: o exercício da liberdade do poder legislativo face às frequentes ingerências do Executivo. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1.067 – 1.082, maio/ago. 2015, p. 1.080.

¹⁵³ SANTOS, Fabiano. *O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ, 2003, p. 18.

¹⁵⁴ TEMER, Michel. O Congresso Nacional e a Reforma Política. In: MODESTO, Paulo e MENDONÇA, Oscar (coord.). *Direito do Estado – Novos Rumos. Tomo 1 – Direito Constitucional*. Pgs. 13/22. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001, p. 20.

¹⁵⁵ MOISÉS, José Álvaro. Desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão (1995 – 2006). In: *Cadernos Adenauer XII* (2011), n. 02. O Congresso e o presidencialismo de coalizão. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, Setembro de 2011, p. 30.

¹⁵⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 42, número 168. Brasília: Senado Federal / Subsecretaria de Edições Técnicas, outubro / dezembro de 2005, p. 16.

maioria dos votos percebidos pelo parlamentar eleito originalmente não lhe foram conferidos, inexistindo identificação entre eleitor e representante¹⁵⁷.

Frise-se que a transferência de votos no sistema proporcional brasileiro não ocorre apenas dentro do partido, mas também interpartidos, dada a existência de coligações muitas vezes entre partidos com ideologias completamente antagônicas. O eleitor não sabe, na prática, a quem está direcionando seu voto¹⁵⁸.

Assim, enquanto o legislativo de outros países vota de acordo com a preferência de seu eleitorado, o brasileiro vincula-se de forma bastante clara ao Executivo – seja a favor ou contra – baseando suas decisões conforme a situação ou a oposição¹⁵⁹.

Em que pese repudiarem a ideia de um modelo brasileiro onde apenas existem mazelas, Figueiredo e Limongi aquiescem que de fato a atuação do parlamento brasileiro é bastante previsível: detendo os líderes o poder de agenda do que será votado, é possível prever-se quase com elevado grau de certeza o resultado de determinada votação¹⁶⁰.

Assim, controlando a agenda política do Congresso, possível ao Executivo controlar a votação das pautas da casa, se fechado com as coalizões partidárias, bastando para tanto a negociação com os líderes das bancadas.

Neste sentido, a nomeação de administradores para a gestão das empresas públicas brasileiras tem obedecido nos últimos anos a critérios exclusivamente políticos, como forma de se fechar os acordos entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

¹⁵⁷ SANTOS, Fabiano. O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ, 2003, p. 26.

¹⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15.

¹⁵⁹ MACIEL, Igor Moura. O poder de agenda do Congresso Nacional: o exercício da liberdade do poder legislativo face às frequentes ingerências do Executivo. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1.067 – 1.082, maio/ago. 2015, p 1.075.

¹⁶⁰ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999, p. 89.

Não à toa, diversas denúncias de corrupção tem assolado as grandes empresas estatais brasileiras, em uma demonstração que o modelo privatista favorece a atuação escusa de gestores ímprobos. A preocupação manifestada pelo Supremo Tribunal Federal possui, portanto, razão de existir.

A atuação dos administradores das estatais não estaria forçada na consecução dos objetivos sociais, mas nos objetivos do governo que os indicara, no arremedo dos conchavos formulados. Possivelmente, acaso o administrador detivesse maior grau de independência em sua atuação, a visão da Corte Suprema sobre a atuação das estatais ocorresse de forma diferenciada¹⁶¹.

Independente da análise de valor feita quanto aos atos praticados pelos administradores, não se pode permitir a verdadeira transmutação da natureza jurídica privada das empresas estatais baseada nas escolhas políticas dos administradores de estatais.

¹⁶¹ Mário Engler Pinto Júnior ilustra interessante exemplo onde os administradores da Companhia de Desenvolvimento Canadense recusaram-se a adotar uma estratégia de governo que consistia no apoio financeiro para a Massey-Ferguson, como estratégia de reestruturação da indústria nacional. A adoção desta política considerada de interesse público contrariaria o dever de fidúcia dos administradores perante o conjunto de acionistas, em razão de privilegiar apenas o Estado enquanto acionista controlador. (PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 460).

2.4.3. A ausência de balizas na atuação dos órgãos de controle: o engessamento na atuação das companhias como consequência do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Outra crítica ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal deriva da própria discussão travada entre os ministros e refere-se diretamente aos limites da atuação do Tribunal de Contas no exercício do controle dos atos dos gestores das companhias estatais.

Em que pese a Lei 6.223/75¹⁶² prever a impossibilidade dos Tribunais de Contas interferirem na política adotada pelas entidades na consecução de seus objetivos estatutários, a verdade é que à época do posicionamento adotado nos julgados em discussão não havia qualquer norma específica às empresas estatais que regulamentasse ou limitasse a atuação dos órgãos de controle.

Para o Ministro Carlos Ayres Britto, a edição da nova lei das estatais iria, inclusive, servir de balizamento para a atuação do controle externo, sendo certo que resolveria a definição dos limites da atuação dos Tribunais de Contas¹⁶³. E, enquanto não editado o marco regulatório, a preocupação com a metodologia de fiscalização ficaria a cargo do próprio órgão de controle externo, na opinião do Ministro César Peluso¹⁶⁴.

Assim, caberia aos próprios auditores que fiscalizam as companhias – enquanto não editada e lei que regulamenta a atuação das companhias estatais -

¹⁶² BRASIL, Lei 6.223, de 14 de julho de 1975. Dispõe sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União, pelo Congresso Nacional, e dá outras providências. Brasília, 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6223.htm. Acesso em 04 mai. 2017. Artigo 9º. Os Tribunais de Contas, no exercício da fiscalização referida no artigo 8º, não interferirão na política adotada pela entidade para a consecução dos objetivos estatutários e contratuais.

¹⁶³ Excerto extraído do inteiro teor do Acórdão do MS 25.181/DF (MS 25181, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2005, DJ 16-06-2006 PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00131). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86278>. Acesso em 29 jul. 2017. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 46. “[...] Se Vossa Excelência me permite, essa lei desempenharia um papel de calibragem da fiscalização, para usar de uma palavra que é muito cara ao modelo pragmático de ciência jurídica. É uma questão de calibração”.

¹⁶⁴ *Idem*. Voto do Ministro César Peluso, p. 47. “[...] Mas, enquanto não editada, é bom advertir que o Tribunal de Contas deve preocupar-se sobretudo com essa metodologia para não inviabilizar, vamos dizer, a operacionalidade dessas empresas”.

exercer um juízo de valor sobre o objeto da análise: este controle interferirá ou não no funcionamento da estatal?

Isto porque não poderá o Tribunal de Contas interferir em estratégias empresariais, decisões políticas ou qualquer outra matéria que prejudique as políticas de desenvolvimento estratégico da companhia, devendo apenas limitar-se à análise e resguardo do interesse público, cabendo no caso concreto a seriedade e bom senso dos profissionais, como forma de conciliar as exigências da autonomia empresarial e do interesse público¹⁶⁵.

Tal preocupação fora manifestada expressamente pelos Ministros Sepúlveda Pertence¹⁶⁶ e Gilmar Mendes¹⁶⁷ que, apesar de serem favoráveis ao controle das estatais pelo Tribunal de Contas, apontaram para a impossibilidade de os auditores de tais órgãos arvorarem-se como verdadeiros tutores de entes estatais que atuam em regime de competitividade.

O Tribunal de Contas surge, então, como verdadeiro guardião da moralidade e as empresas estatais aparecem como antro de corrupção como se um absurdo adotar tal forma de atuação estatal. Tal opção, todavia, é absolutamente legítima “na medida em que não traz em si qualquer imoralidade ou ilegalidade (lembre-se de que as estatais não são um ‘pecado tolerado’, mas um modelo de organização da Administração Pública constitucionalmente previsto)”¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Trecho extraído do inteiro teor do Acórdão do MS 25.181/DF (MS 25181, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2005, DJ 16-06-2006 PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00131). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86278>. Acesso em 06 mai. 2017. Posicionamento do Ministro Cezar Peluso, p. 47-48. “[...] O que não pode é o Tribunal de Contas interferir em decisões de políticas e de estratégias empresariais, devendo restringir-se aos termos do artigo 72 para resguardar o interesse público contra procedimentos capazes de acarretar dano ao erário”.

¹⁶⁶ *Idem*. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 40. “[...] a título de fiscalização da economicidade, não pode arrogar-se o Tribunal de Contas a ser o tutor da administração de empresas estatais, sobretudo daquelas que atuam em regime de intensa competitividade, de que são exemplos os bancos oficiais sobreviventes à privatização.”

¹⁶⁷ *Ibidem*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Acesso em 07 mai. 2017, p. 52. “Por outro lado – e sabemos muito bem que quem já teve alguma experiência na vida pública há de sabe-lo - esses órgãos de fiscalização são engenheiros, em geral, de obras prontas. Devemos dizê-lo com sinceridade: são críticos de obras feitas e, muitas vezes, sem o necessário preparo para fazê-lo”.

¹⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. In: Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte/MG, n. 245, p. 13-30, mai/ago. 2007, p. 20.

Absolutamente temerária a decisão do Supremo Tribunal Federal por não estabelecer qualquer limite à atuação dos Tribunais de Contas quando da fiscalização das empresas estatais. O juízo de valor sobre a definição dos limites de atuação dos órgãos de controle externo quanto às empresas estatais ficaria a cargo dos próprios auditores, diretamente interessados na fiscalização e controle¹⁶⁹.

Em verdade, tanto o Banco do Nordeste do Brasil S/A como a Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF atuam no mercado em regime concorrencial, buscando distribuir lucro entre seus acionistas e prestando atividade essencialmente econômica. Assim, ambos os casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do MS 25.181 e 25.092 possuem alto grau de ações empreendidas pelos administradores que buscam o melhor interesse da companhia.

Este nem sempre poderá ser compatível com o interesse público prezado pela jurisprudência da Corte Suprema. O administrador da empresa estatal deverá, então, ser fiel tanto aos interesses da companhia, sendo certo que a busca pelo cumprimento da sua função social poderá pender entre a lucratividade e o interesse público que justificou a criação da companhia¹⁷⁰.

Ainda é latente a ideia de que a finalidade pública deverá prevalecer sobre toda e qualquer atuação da companhia e o caráter privado da gestão seria meramente instrumental para agilizar as transações por ela entabuladas¹⁷¹.

Neste sentido, a análise e definição dos limites da atuação do próprio administrador das companhias estatais é baseada em uma zona cinzenta de indefinição. Quais os limites dos riscos da atuação destes administradores? Até que

¹⁶⁹ Neste sentido, válidas as considerações do Ministro Sepúlveda Pertence externando suas preocupações em seu voto. Trecho extraído do inteiro teor do Acórdão do MS 25.181/DF (MS 25181, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2005, DJ 16-06-2006 PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00131). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86278>. Acesso em 06 mai. 2017, p. 56-57. “[...] Também deixo explícito outra fonte de preocupações, que há de ter pesado nos precedentes: a de que essa fiscalização se pode tornar abusiva, na medida em que fuja aos estritos limites que constitucionalmente a legitimam e pretenda imiscuir-se na tomada de decisões ou na execução de decisões empresariais das empresas públicas e sociedades de economia mista: para isso, há o apelo ao controle jurisdicional do excesso, desvio ou abuso de poder.”

¹⁷⁰ PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 457.

¹⁷¹ TÁCITO, Caio. Os Tribunais de Contas e controle das empresas estatais. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro/RJ: Editora Fórum, n. 148, abr/jun 1982, p.4.

ponto os acionistas e o Estado estão dispostos a ver a lucratividade da companhia sucumbir em prol do suposto interesse público que circunda a criação da companhia?

De acordo com a Lei 13.303/2016, em seu artigo 90, as ações e deliberações dos órgãos de controle não poderão implicar ingerência ou interferência na atuação das empresas estatais no que tange às decisões de gestão, bem como no exercício de competência e definição de políticas públicas.

A norma pacificara, então, que atos de gestão não poderão ser objeto de análise e fiscalização dos órgãos de controle externo. Contudo, a ausência de definição legal dos limites do que seria ou não a definição de ato de gestão deixa a problemática ainda sem solução razoável.

Ora, como conceituar ato de gestão quando a função social da empresa estatal é a consecução do interesse público? Inexistiria, neste caso, qualquer ato de gestão passível de ser exercido pelo administrador, apenas e tão somente atos administrativos, dada a natureza jurídica de direito público das referidas companhias¹⁷².

Além disso, ainda que deva prevalecer o interesse público sobre toda e qualquer atuação da empresa estatal, não se pode olvidar o papel das instâncias societárias internas na condução dos negócios sociais e o regime de responsabilização dos administradores privados previsto na Lei 6.404/76. Necessária a análise da situação do gestor que ficará sujeito ao controle tanto dos órgãos internos da sociedade empresária, quanto dos órgãos de controle externo.

O novo marco regulatório das empresas estatais, a Lei 13.303/2016, precisa ser esmiuçado como forma de se verificar a (des)necessidade de mudança no

¹⁷² Tal conclusão extrai-se dos julgados analisados no Capítulo 1 deste trabalho. Quais os atos de gestão praticados por uma companhia de saneamento básico que não distribui lucro e atua sob regime de monopólio? Absolutamente nenhum. Todos os seus atos seriam tomados na busca do melhor desempenho do serviço público, fato que se justificaria pelo interesse público que circunda a atuação da companhia. O ciclo vicioso do serviço público e do interesse público, conceitos jurídicos indeterminados, prejudicam sobremaneira a atuação do administrador que, em que pese nomeado para atuar segundo o regime jurídico de direito privado, permanecerá com sua atuação indefinida, a depender da análise do auditor do Tribunal de Contas.

entendimento do Supremo Tribunal Federal ante as novas regras aplicáveis aos Administradores de tais companhias (**Capítulo 3**).

Para tanto, será necessária a análise de alguns dispositivos da nova lei, em especial no que tange ao regime de nomeação e responsabilização dos gestores das companhias estatais, bem como a análise específica dos dispositivos que tratam da fiscalização e controle das estatais pela sociedade e pelos órgãos internos e externos.

Capítulo 3. O novo marco regulatório das estatais e a impossibilidade do controle dos atos de gestão pelos Tribunais de Contas: limites de atuação dos órgãos de controle externo

Após quase vinte anos da promulgação da Emenda Constitucional 19/98, a legislação que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios fora finalmente editada.

Trata-se da Lei 13.303, de 30 de junho de 2016 que, em seus noventa e sete artigos trouxe importantes alterações quanto à nomeação dos administradores de empresas estatais, à aplicação das regras de governança corporativa a tais companhias, bem como a forma de fiscalização dos atos dos administradores pela sociedade e pelos órgãos de controle interno e externo.

A governança corporativa possui vários significados, mas pode ser vista como um sistema de valores e padrões de comportamento¹⁷³ onde a ética se aplica à gestão de negócios, sendo que vários estudiosos consideram a governança como um sistema de valores de padrões de comportamento.

Não existe, pois, um modelo único de governança e as diferenças redundam da diversidade histórica e cultural de cada país¹⁷⁴. Quatro valores, contudo, são destacados: equidade no tratamento dos acionistas (*fairness*), transparência das informações que impactam os negócios e envolvem riscos (*disclosure*), prestação de contas responsável (*accountability*) e conformidade no cumprimento das normas internas e externas regulamentadoras da atividade (*compliance*)¹⁷⁵.

Em 1999, a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico publicou diretriz com os princípios da governança corporativa aplicáveis

¹⁷³ BETTARELLO, Flávio Campestrin. Governança Corporativa: fundamentos jurídicos e regulação. São Paulo/SP: Editora Quartier Latin, 2008, p.28.

¹⁷⁴ LUCHESE, Janine Silva Cabral. A adesão às práticas de governança corporativa e à autonomia privada. Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte, ano 11, n. 1, p. 111-133, jan./abr. 2014, p. 115.

¹⁷⁵ ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências. São Paulo: Atlas, 2004, p. 25.

às empresas estatais. Referido documento fora reeditado e publicado no ano de 2005¹⁷⁶.

Das conclusões a que chegara, destacam-se a imperatividade da adoção de boas práticas para que as corporações se mantenham competitivas no mundo globalizado e a necessidade de os governos criarem estruturas reguladoras que ajam em defesa dos acionistas e da sociedade, sem contudo, engessar a atividade de tal forma que inviabilizem as práticas corporativas¹⁷⁷.

Além disso, a estrutura de regulação das estatais deve assegurar uma igualdade nos mercados para evitar que as empresas do setor privados sejam prejudicadas pela atuação predatória do excesso de proteção às estatais, bem como às distorções de mercado¹⁷⁸.

No Brasil, parte da doutrina justifica a adoção de práticas de governança pelas companhias privadas com base no artigo 116, parágrafo único da Lei 6.404/76. Segundo tal dispositivo, o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a pessoa jurídica realizar o seu objeto e cumprir sua função social, além de possuir deveres de responsabilidade para com os que possuem relação com a companhia.

Tal dispositivo seria o principal fundamento legal do sistema de gestão denominado governança corporativa no Brasil, devendo ser considerado um marco para a interpretação das demais normas que possuem similar sentido.¹⁷⁹

A lei 13.303/2016 estabeleceu em diversas passagens a necessidade de a empresa estatal adotar práticas de boa governança, além de alterar consideravelmente o processo de escolha dos administradores e procurar dar uma

¹⁷⁶ "The Corporate Governance of State-Owned Enterprises in OECD Countries", OCDE, 2005, disponível em: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/42524177.pdf>. Acesso em 30 jul. 2017.

¹⁷⁷ BETTARELLO, Flávio Campestrin. Governança Corporativa: fundamentos jurídicos e regulação. São Paulo/SP: Editora Quartier Latin, 2008, p.53.

¹⁷⁸ Trata-se de disposição prevista no item I da diretiva e que está flagrantemente em oposição às decisões do Supremo Tribunal Federal que aplicaram a várias estatais brasileiras privilégios e prerrogativas de natureza exclusivamente pública, gerando verdadeira falha no mercado.

¹⁷⁹ RIBEIRO, Milton Nassau. Aspectos jurídicos da governança corporativa. São Paulo/SP: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 14.

maior independência para estes ante a ingerência desenfreada do acionista majoritário.

A título de exemplo, o artigo 6º, do referido marco regulatório, estabelece a necessidade de o próprio estatuto da pessoa jurídica observar regras de governança corporativa, transparência e de práticas de gestão de riscos de controle interno, bem como mecanismos de proteção aos acionistas.

A governança na Administração Pública, segundo relatório do Tribunal de Contas da União diz com os processos de comunicação, de análise e avaliação, de liderança, de tomada de decisão e direção, bem como de controle, monitoramento e prestação de contas, em um verdadeiro gerenciamento de riscos estratégicos com o fim de dar maior controle e transparência à gestão¹⁸⁰.

Com a aplicação das práticas de boa governança, a Administração Pública teria como consequência o incremento da eficiência, na medida em que controlaria os comportamentos dissonantes da boa prática administrativa. A ausência de implementação de regras de governança e, todas as esferas da Administração ou a lentidão com que tais práticas tem sido implementadas explicam, em certa medida, a corrupção sistêmica que assola a Administração Pública brasileira¹⁸¹.

Certo é que o novo marco regulatório surge com a ideia de se reduzir as práticas ímprobas no seio das estatais, bem como reduzir a ingerência político-partidária na condução dos objetivos sociais das companhias, com vistas a uma gestão mais eficiente e transparente, aplicando-se as boas práticas da governança corporativa.

Cabe-nos no presente trabalho analisar as disposições do respectivo marco regulatório quanto ao seu âmbito de aplicação (3.1). Além disso, é relevante a análise quanto à nova forma de escolha dos administradores de companhias estatais (3.2),

¹⁸⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública. Tribunal de Contas da União, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão. Brasília. 2014, p. 31.

¹⁸¹ FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017, p. 32.

bem como ao modelo de gestão escolhido para tais companhias (3.3) e o consequente meio de responsabilização (3.4).

É interessante, ainda, analisar as disposições legais sobre os mecanismos de fiscalização dos administradores pela sociedade e pelos órgãos de controle interno e externo (3.5).

Por fim, é relevante nova reflexão sobre os julgados já analisados no presente trabalho à luz do novo marco regulatório com a consequente conclusão acerca da necessidade ou não de revisão do entendimento consubstanciado no seio da Suprema Corte (3.6).

3.1. A definição do âmbito de aplicação da Lei 13.303/2016

O primeiro ponto que merece destaque no novo marco regulatório das companhias estatais diz com seu artigo 1º que estabelece a aplicação das normas nele previstas para absolutamente toda e qualquer empresa pública ou sociedade de economia mista da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Trata-se de norma aplicável independentemente se a atividade econômica da companhia esteja sujeita ao regime de monopólio ou, ainda, refira-se tão somente à prestação de serviços públicos.

Além disso, os artigos 3º e 4º estabelecem a definição de empresa pública e de sociedade de economia mista, sendo certo que em ambas as definições as companhias estatais possuirão natureza jurídica de direito privado¹⁸².

¹⁸² BRASIL. Lei 13.303 de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm. Acesso em 29 jul. 2017. Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Art. 4º Sociedade

Assim, independentemente do serviço prestado ou da atividade econômica exercida, as empresas estatais teriam personalidade jurídica de direito privado, não se lhes aplicando quaisquer benefícios ou privilégios diferenciados em relação às demais companhias privadas.

Aqui já se encontra o primeiro choque entre a novel legislação e a consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É que utilizando o critério subjetivo diferenciador das companhias estatais, entendeu a Corte Suprema a aplicabilidade de diferentes regimes jurídicos a depender da atividade econômica exercida pela companhia e o regime concorrencial.

Se exclusivamente prestadora de serviços públicos ou companhia que desenvolve atividade econômica em regime de monopólio, sem o intuito de distribuir lucro entre seus acionistas, a companhia estatal deverá sujeitar-se a privilégios apenas extensíveis à Fazenda Pública.

Ressalte-se que o julgado proferido nos autos do RE 627.242, analisado no Capítulo 1 deste trabalho, fora proferido em data posterior à edição da Lei 13.303/2016 e, ainda assim, o Supremo Tribunal Federal aplicara entendimento incompatível com as disposições do novo marco regulatório.

3.2. O novo procedimento de escolha dos administradores

Como forma de diminuir a ingerência política nas decisões sociais das companhias, a Lei 13.303/2016 estabeleceu em novos requisitos para o exercício da função de administrador de uma empresa pública ou sociedade de economia mista.

de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta. § 1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação. § 2º Além das normas previstas nesta Lei, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeita-se às disposições da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

Quanto à experiência, o artigo 17 estabeleceu a necessidade de o indicado ter experiência profissional de no mínimo dez anos na área de atuação da companhia, ou área conexas, seja no setor público ou privado.

Contudo, acaso não seja possível a exigência de tal prazo, o administrador poderá ter apenas quatro anos de experiência em exercício em cargo de direção de empresa semelhante à estatal que pretenda dirigir, ou em cargo ou função de confiança de alto nível na administração pública, ou, ainda, o exercício por tal período do cargo de docente ou pesquisado em área de atuação da companhia. Poderá ser também indicado o profissional liberal que por mais de quatro anos atuou direta ou indiretamente em área vinculada à atuação da empresa estatal.

Cumulativamente aos requisitos de experiência citados, o marco regulatório exige formação acadêmica compatível com o cargo e pleno gozo das condições de elegibilidade exigidas pela legislação correspondente.

Além disso, a norma estabelece a proibição de ser administrador para qualquer titular de mandato no Poder Legislativo, ainda que licenciado, bem como de qualquer parente seu consanguíneo ou afim, até o terceiro grau.

Não poderá ser administrador, ainda, aquele que exerce cargo em organização sindical, que tenha atuado nos últimos trinta e seis meses na estrutura decisória de partido político ou em organização de campanhas eleitorais, ou ainda que possa de qualquer forma ter algum conflito de interesse com a sociedade empresária, ou com o ente político controlador.

O objetivo da norma é exatamente limitar o critério exclusivamente político para a condução dos negócios sociais da companhia. A partir da exigência de experiência profissional prévia para se tornar administrador, a norma busca reduzir a o âmbito de influência do Poder Executivo sobre as estatais.

Além disso, ao proibir a indicação de membros do Poder Legislativo ou de seus parentes consanguíneos ou afim a cargos de gestão das estatais, a norma pretende evitar ou ao menos reduzir a ingerência político-partidária na administração das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Apenas se as estatais possuírem autonomia na sua gestão, distanciando-se de ingerências externas, seja quanto às suas decisões político-administrativas ou quanto às suas decisões financeiras, será possível o desempenho adequado de seu papel e o consequente cumprimento de seus objetivos sociais¹⁸³.

De fato, as indicações por critérios políticos deverão remanescer no cenário cotidiano das empresas estatais. Contudo, o âmbito de indicações fora reduzido consideravelmente, ainda mais quando se destaca a impossibilidade de indicações para exercerem a função de administrador de membros do Poder Legislativo de qualquer esfera ou pessoa que tenha organizado campanhas eleitorais.

Ressalte-se que o parágrafo 4º, do artigo 17, da referida norma, exige a participação anual dos administradores eleitos em treinamentos específicos sobre diversos assuntos, dentre os quais, controle interno, código de conduta, divulgação de informações (transparência), Lei Anticorrupção¹⁸⁴ e outros temas relacionados à atuação da companhia.

3.3. O administrador das estatais e o dever de diligência

O novo marco regulatório das empresas estatais trouxe importantes posições quanto ao caráter privado das companhias, especialmente no que se refere à administração. Isto porque tanto o sistema de administração da companhia quanto o procedimento de responsabilização dos administradores seguirão o disposto na legislação privada.

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado (Parecer). Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, p. 367-374, jun. 1999, p. 77.

¹⁸⁴ BRASIL, Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 30 jul. 2017.

Trata-se da expressa disposição do artigo 16 que estabelece a submissão dos membros do Conselho de Administração e da Diretoria das estatais às disposições da Lei 6.404/76.

Em relação às companhias privadas, dois sistemas podem ser reconhecidos quanto aos órgãos de Administração das Companhias. De um lado o sistema monista, tradicionalmente adotado na França, onde a administração é atribuída a apenas um órgão: a diretoria que elege dentre seus membros um diretor-presidente.

Por outro lado, o sistema dualista, ou alemão, caracteriza-se pela existência de dois órgãos distintos de administração: a diretoria e o conselho de supervisão. O sistema dualista adota uma forma mais racional de estruturação do poder societário, eis que divide com perfeição as atividades de gestão, supervisão e tomada de decisões estratégicas da companhia¹⁸⁵.

No Brasil, ainda sob a égide do Decreto-Lei 2.627/40¹⁸⁶ adotou-se o sistema monista, com a administração da companhia cabendo apenas à diretoria. Com o advento da Lei 6.404/76, passou-se a admitir e até mesmo a se exigir em determinados tipos societários que as companhias se organizassem através de dois distintos órgãos de administração: a diretoria e o conselho, órgão bastante semelhante ao conselho de supervisão do direito alemão¹⁸⁷.

A Lei 13.303/2016 que dispõe sobre o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista estabeleceu em seu artigo 13 a necessidade de adoção do sistema dualista na administração de tais companhias.

É que nos termos do referido dispositivo, a lei que autorizar a criação da companhia deverá dispor necessariamente sobre a constituição e funcionamento do

¹⁸⁵ ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

¹⁸⁶ BRASIL. Decreto-Lei 2.627 de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Brasília, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2627.htm. Acesso em 18 abr.2017.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm. Acesso em 13 abr. 2017. Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. § 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores. § 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.

Conselho de Administração e sobre os requisitos específicos para o exercício do cargo de diretor.

No que guarda pertinência com o escopo deste trabalho, serão considerados Administradores da empresa estatal e, portanto, passíveis de responsabilização por eventual atuação em prol da companhia tanto os membros do Conselho de Administração quanto os membros da Diretoria.

Assim, a opção constitucional pela natureza jurídica de direito privado das empresas públicas como forma de facilitar a execução de políticas públicas ou a atuação na atividade econômica possui reflexos diretos no campo da Administração das companhias.

Quanto aos deveres e responsabilidades dos Administradores, estes estão previstos nos artigos 153 e seguintes da Lei 6.404/76, com destaque para o artigo 158 que estabelece a não responsabilização pessoal do Administrador em virtude de ato regular de gestão.

As regras que se deduzem do comando normativo são três: a irresponsabilidade total do administrador quando praticar regular ato de gestão e, por outro lado, a sua responsabilização por comportamento antijurídico, quando atua com culpa ou dolo dentro de suas atribuições ou quando viola lei ou estatuto da companhia¹⁸⁸.

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que deverá o administrador da companhia estatal apenas aceitar o encargo e a responsabilidade acaso tenha conhecimento ou condições de ter sobre o objeto social a ser desempenhado. A assunção da função sem o conhecimento e condições de gestão não é justificativa para posteriormente isentar-se de qualquer responsabilidade, por ferir até mesmo a boa-fé¹⁸⁹.

Na condução dos negócios da companhia, o Administrador deve atuar com o respectivo dever de lealdade, ajustando o seu interesse individual ao interesse social,

¹⁸⁸ ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 211.

¹⁸⁹ RIBEIRO, Renato Ventura. Dever de diligência dos administradores de sociedades. São Paulo/SP Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 223.

de tal forma que ante qualquer possibilidade de conflito de interesses, prevaleça este último¹⁹⁰.

Além disso, deverá o administrador atuar com dever de diligência gerindo os negócios com o cuidado e diligência que todo homem probo deve empregar na administração dos próprios negócios¹⁹¹.

Para a doutrina, o dever de diligência envolve o dever de participar das deliberações, o dever de vigiar e fiscalizar a atuação de seus subordinados, bem como o dever de buscar informações para subsidiar a tomada de decisões. Este envolve tanto a busca de informações legais quanto negociais, a exemplo do conhecimento de mercado e política da companhia¹⁹².

Além disso, os deveres de investigar, intervir e de não praticar erros graves também são extraídos do comando normativos dos artigos 153 a 156 da Lei 6.404/76, de aplicação integral aos administradores de empresas estatais.

A legislação brasileira exige do administrador a adoção de posturas éticas independentemente do desfecho que advirá de tais decisões. O compromisso com a boa gestão precisa advir dos melhores esforços possíveis empreendidos pelo administrador e não do melhor resultado¹⁹³.

Já os objetivos a serem buscados pelos administradores dizem com o objeto social da sociedade, por se tratar de uma previsão das atividades que a companhia deve desenvolver. A gestão dos interesses sociais deve ser orientada para o atingimento das finalidades estatutariamente previstas¹⁹⁴.

Deverá o administrador de empresas estatais agir, ainda, com certa discricionariedade, não se lhe aplicando integralmente o princípio da legalidade de

¹⁹⁰ MORO, Emilio F. Culpa em la administración de sociedades comerciales. Lealtad y diligencia del buen hombre de negocios. 1ª ed. Buenos Aires/AR: La Rocca, 2013, p. 391.

¹⁹¹ Trata-se da disposição expressa do artigo 153, da Lei 6.404/76.

¹⁹² RIBEIRO, Renato Ventura. Dever de diligência dos administradores de sociedades. São Paulo/SP Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 227.

¹⁹³ SALOMÃO NETO, Eduardo. O trust e o direito brasileiro. São Paulo/SP: LTr, 1996, p. 114.

¹⁹⁴ ZANINI, Carlos Klein. A doutrina dos "Fiduciary Duties" no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo/SP, n. 109, p. 137-149, jan/mar 1998, p. 138.

forma rígida, entendido como a atuação do administrador apenas quanto a operações expressamente previstas em lei.¹⁹⁵

Seria desarrazoado com a própria atuação da companhia estatal se o legislador necessariamente precisasse ter previsto toda e qualquer atuação do administrador. Para a consecução dos objetivos da companhia, necessário que o administrador tenha certa margem de discricionariedade para eleger os melhores meios para lográ-los¹⁹⁶.

Ademais, toda atuação empresarial envolve a assunção de riscos, sem que haja necessariamente a violação do dever de diligência¹⁹⁷. Não se pode punir o administrador por ter tomado uma decisão – ainda que arriscada – em benefício da companhia. O que deve ser coibido são os abusos e a assunção de riscos demasiadamente arriscados e incompatíveis com o objeto social da companhia.

A responsabilização do administrador deve ser feita nos termos do artigo 158 da Lei 6.404/76, a seguir examinado.

3.4 A responsabilização dos administradores das estatais

A delicada situação existente quanto aos limites da atuação do administrador das estatais é tema de preocupação deste trabalho. A excessiva liberalidade do administrador não é desejável, dado que a ausência de controle por parte dos demais órgãos societários pode gerar decisões arbitrárias. Ao mesmo tempo, o controle excessivo da atuação do administrador pode limitar o próprio desenvolvimento da companhia.

¹⁹⁵ PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 455.

¹⁹⁶ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo/SP: Saraiva, 1997, v. 4, t.1, p. 376.

¹⁹⁷ PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 456.

Sendo certo que a atuação do administrador poderá causar prejuízos à companhia, aos acionistas ou a terceiros, necessário se delimitar a forma de responsabilização.

A responsabilidade civil do administrador está prevista no artigo 158 da Lei 6.404/76, segundo o qual o administrador não será pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, salvo em relação aos prejuízos que causar quando proceder com culpa ou dolo ou violação da lei ou do estatuto.

Depreende-se, portanto, do dispositivo legal que sempre que o administrador praticar ato irregular de gestão ou atuar fora dos limites legais, seja desrespeitando a norma jurídica ou o estatuto da companhia. Assim, sempre que infringir dever legal, deverá o administrador ser responsabilizado.

O administrador também não deve responder civilmente quando apenas cumpre uma regular decisão da assembleia geral, ou seja, decisões que estejam no âmbito de órgão deliberativo e a ele caiba apenas e tão somente dar cumprimento. Nestes casos, haveria uma hipótese de exclusão da responsabilidade, dado o dever de obediência à deliberação¹⁹⁸.

A doutrina, inclusive, afirma que o administrador tem o ônus de resistir aos comandos emanados da assembleia geral que sejam substancialmente contrários ao interesse social. Nas empresas estatais, ainda que a orientação do acionista majoritário – o ente político – seja em um determinado sentido, acaso o administrador identifique a extrapolação dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade quanto aos objetivos sociais, deverá haver a resistência ao cumprimento das decisões¹⁹⁹.

Neste caso, o administrador pode e deve resistir ao comando da assembleia, sob pena de se tornar responsável pelos danos eventualmente causados²⁰⁰.

¹⁹⁸ ALMEIDA, António Pereira de. Sociedades comerciais. Coimbra/PT: Coimbra, 1997, p. 115.

¹⁹⁹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo/SP, n. 42, p. 69-88, abr/jun 1981, p. 79.

²⁰⁰ ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 213.

3.4.1. A responsabilidade por culpa ou dolo e por violação à lei ou ao estatuto

O inciso I, do artigo 158, da Lei 6.404/76 prevê a possibilidade de responsabilização dos administradores pelos prejuízos que causar mesmo que atue dentro da legalidade, de suas atribuições ou poderes. Contudo, tal dispositivo exige a ocorrência de culpa civil para a responsabilização dos administradores: aquela decorrente de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

A aferição da responsabilidade nesta hipótese deve ser feita no caso concreto e não de forma abstrata. Isto porque é necessária a análise das condições de atuação do administrador: dentro daquele determinado cenário, analisa-se se a atuação do administrador fora feita segundo se espera do dever de homem probo²⁰¹.

Para o administrador ser responsabilizado, portanto, necessária a prova do ato praticado (omissivo ou comissivo), do dano efetivamente causado, do nexos de causalidade entre ato e dano e da culpa civil do agente. O ônus da prova deste comportamento antijurídico caberia ao autor da ação de indenização²⁰².

Assim, precisará o autor da ação demonstrar a conduta do administrador e a inadequação desta com a conduta que teria sido a correta, sob o prisma do dever de diligência²⁰³.

Já o inciso II, do artigo 158 estabelece a possibilidade de responsabilização do administrador em razão de violação à lei ou ao estatuto social. Nesta hipótese, existiria a presunção da culpa do administrador hipótese em que este, ainda que respondendo de forma subjetiva, teria o ônus de provar em juízo que sua conduta decorreria de circunstâncias especialíssimas por ele não provocadas.

²⁰¹ CORREIA, Luís Brito. Os administradores de sociedades anônimas. Coimbra/PT: Almedina, 1993, p. 596.

²⁰² BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília/DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 30 jul. 2017. Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

²⁰³ ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 214.

A diferenciação ocorrida entre os dois incisos do artigo 158 da Lei das S/A, ao regular dispositivos conexos de forma diferenciada, teria razão de ser na diferenciação das pessoas que devem responder civilmente.

Sob o prisma distintivo do ato ter sido ou não praticado dentro do âmbito das atribuições do administrador ou apenas a sociedade responderia perante terceiros, conforme disposto no caput, ou apenas o administrador ficaria vinculado, conforme disposto no inciso II. Acaso a atuação seja feita com base no inciso I, tanto o administrador quanto a sociedade poderiam vincular-se com a atuação²⁰⁴.

Necessário, pois, que a responsabilização do administrador seja feita mediante a comprovação de seu ato antijurídico, comissivo ou omissivo, do prejuízo financeiro experimentado naquela determinada operação e do nexos causal entre o ato e o dano. A prova da atuação mediante dolo ou culpa também é necessária na atuação conforme o inciso I, do artigo 158. Todavia, a atuação que infringe a lei ou estatutos possui culpa presumida.

3.4.2. O *business judgment rule* como hipótese de exclusão da responsabilidade do administrador

A legislação brasileira exime o administrador quando o eventual prejuízo financeiro experimentado pela sociedade decorra de uma atuação praticada segundo atos regulares de gestão. Assim, desde que cumprido os deveres legais e estatutários, bem como agido com o dever de diligência o administrador não responderá por eventual insucesso econômico²⁰⁵.

O administrador não poderá responder por decisões erradas quanto à gestão da sociedade, mas tão somente quando não observa os seus deveres fiduciários. Em verdade, se tomar decisões com base na finalidade empresarial, dentro dos limites

²⁰⁴ ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 225.

²⁰⁵ RIBEIRO, Renato Ventura. Dever de diligência dos administradores de sociedades. São Paulo/SP Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 231.

legais e estatutários, o administrador estará agindo dentro da discricionariedade que lhe é característica.

O administrador fora escolhido para exercer tal função exatamente por ser mais habilidoso e capacitado que os acionistas e membros do Poder Judiciários. Exatamente por isto, não poderá ser responsabilizado por decisões equivocadas na gestão da companhia, salvo se demonstrada a má-fé, erro grosseiro ou falta de diligência.

Há que ser aplicada, pois, a doutrina do *business judgment rule*, originária do direito americano, que estabelece não ser apenas o simples prejuízo causado pelo Administrador à companhia que deve ensejar a sua responsabilização²⁰⁶. Atuando tal profissional com o dever de diligência característico à função ocupada, com boa-fé e no interesse da companhia, não existe razão para lhe responsabilizar por eventual equívoco de atuação.

Pressupõe-se, portanto, que pessoas qualificadas não aceitariam ser administradores de sociedades caso a lei exigisse um grau de diligência acima do exigido pelo homem médio. Procura-se, assim, proteger os conselheiros e diretores da responsabilidade pessoal por decisões tomadas no exercício da boa-fé e no interesse da companhia²⁰⁷.

Referida doutrina encontra guarida no direito brasileiro no artigo 159, parágrafo 6º, da Lei 6.404/76²⁰⁸, sendo certo que presentes, de forma concomitante, os elementos do *business judgment rule*, não será possível a responsabilização dos administradores nas companhias privadas²⁰⁹.

²⁰⁶ BULGARELLI, Waldírio. Manual das sociedades anônimas. 6ª edição. São Paulo/SP: Atlas, 1991, p. 164.

²⁰⁷ SILVA, Alexandre Couto. Responsabilidade dos administradores de S/A. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p.245.

²⁰⁸ BRASIL. Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm. Acesso em 21 abr. 2017. Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. [...] § 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

²⁰⁹ SILVA, Alexandre Couto. Responsabilidade dos administradores de S/A. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p.245, para quem a regra do business judgment rule baseia-se nos seguintes pontos, desde que a decisão do administrador não constitua fraude ou ilegalidade: i. decisão do administrador ou

No caso das companhias estatais, há ainda um outro elemento que deve ser considerado na apreciação da responsabilidade dos administradores: a confiança em pareceres de ordem técnica de servidores ou empregados públicos que foram convocados para atuar na questão.

A história recente do Brasil tem demonstrado inúmeros escândalos de corrupção envolvendo empresas estatais, onde os administradores argumentam terem se baseado em pareceres técnicos internos para tomarem as decisões correspondentes²¹⁰.

A confiança em relatórios e pareceres de empregados públicos permeia o dia a dia da atuação das estatais. Se o administrador em empresa estatal toma uma decisão com base em parecer técnico que acredita ser fidedigno, a decisão estará protegida pelo *business judgment rule*²¹¹.

3.5. Os mecanismos de controle das estatais

Na atuação das companhias estatais, o dever de prestar contas dos administradores assume conotação especial, uma vez que se encontram representados na sociedade não apenas os acionistas minoritários que adquiram eventualmente cotas da sociedade de economia mista. Há também o interesse do conjunto de contribuintes que indiretamente integralizou as ações da companhia com dinheiro público.

Exatamente por isso, toda a coletividade merece estar informada quanto aos rumos financeiros, estratégicos e operacionais das companhias estatais até para que

juízo do negócio; ii. desinteresse e independência do administrador; iii. dever de diligência; iv. boa-fé; v. inexistência de abuso de discricionariedade.

²¹⁰ A título de exemplo destaca-se o “Caso Pasadena” da Petrobrás (Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-03/compra-de-refinaria-no-texas-foi-baseada-em-parecer-tecnico-falho-diz-governo>. Acesso em 30 jul. 2017) e o “Caso JBS” do BNDES que podem ser encontrados (Disponível em: <http://www.valor.com.br/agro/4758885/decisao-sobre-jbs-foi-tecnica-reitera-bndes> Acesso em 30 jul. 2017.).

²¹¹ SILVA, Alexandre Couto. Responsabilidade dos administradores de S/A. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p.157.

possam cobrar ações concretas dos administradores. Não basta, portanto, a simples afirmação de que a estatal é responsável perante o público em geral, sendo necessário que se viabilize eficazmente formas de a coletividade avaliar e fiscalizar a atuação das companhias²¹².

Exatamente por isto, a Lei 13.303/2016 em seu Capítulo III estabeleceu regras sobre a fiscalização das companhias estatais pelo Estado e pela Sociedade. De acordo com o artigo 85, os órgãos de controle externo e interno das esferas de governo poderão fiscalizar as estatais quanto à legitimidade, economicidade e eficácia da aplicação de recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

Para tanto, os órgãos de controle terão acesso irrestrito aos documentos e informações necessárias, devendo respeitar o sigilo estabelecido pelas companhias quando da entrega da documentação.

Além disso, no que diz respeito às licitações e contratos, as empresas estatais precisam fornecer as informações em bancos de dados eletrônicos com acesso em tempo real aos órgãos de controle. As informações que correspondam a sigilo bancário, estratégico, comercial ou industrial devem assim ser identificadas, conforme estabelecido em regulamento.

Conforme o artigo 87, da Lei, a fiscalização e controle das despesas decorrentes de contratos será feita por órgãos do sistema de controle interno e pelos tribunais de contas respectivos, cabendo às estatais a demonstração da regularidade da despesa e da execução.

Quanto aos limites da atuação dos órgãos de controle interno e externo, dois artigos ganham especial relevância no novo marco regulatório. De acordo com o artigo 89, o exercício da supervisão de empresas estatais pelo órgão a que se vincula não poderá ensejar a redução ou a supressão da autonomia inerente à natureza da companhia.

²¹² HEATH, John B. Sistemas de controle para empresas públicas em países em desenvolvimento: uma estrutura para sistemas de controle. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro/RJ, v. 14, n. 2, p. 51-67, abr/jun 1980, p. 61.

Além disso, o supervisor da Administração Direta ou Indireta não poderá ter qualquer ingerência sobre a administração e funcionamento da estatal, em uma clara tentativa de se dar maior autonomia decisória aos Administradores das companhias públicas.

Por fim, o artigo 90 estabelece que as deliberações dos órgãos de controle externo não podem implicar interferência na gestão ou ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas. Pela relevância do dispositivo, sua transcrição é imperiosa com os grifos do Autor:

Art. 90. **As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista** a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.

Não poderá, pois, o Tribunal de Contas, no exercício da sua função fiscalizatória interferir na gestão das companhias estatais. Neste particular, o legislador superou a discussão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal quanto à “calibração” dos limites fiscalizatórios do órgão de controle externo²¹³.

Definida, portanto, a possibilidade de fiscalização pelos Tribunais de Contas sobre as companhias estatais, conforme já havia reconhecido o Supremo Tribunal Federal. Pacificado também – conforme artigo 90 da Lei 13.303/2016 - o limite de tal atuação: apenas e tão somente quanto aos atos que não impliquem interferência na gestão das estatais.

No entanto, o marco regulatório deixou margem a uma dúvida intransponível: quais atos dos administradores da estatal podem ou não ser fiscalizados? Como definir os atos que interferem e aqueles que não interferem na gestão das estatais?

A grosso modo, toda e qualquer decisão do administrador influi em maior ou menor grau na gestão da companhia, sendo possível cogitar-se a conclusão de que

²¹³ Conforme pontuado no Capítulo 2 deste trabalho, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Mandados de Segurança de número 25.181 e 25.092, discutiram quanto aos limites da atuação dos Tribunais de Contas perante as estatais. Uma vez reconhecida a possibilidade da fiscalização dos órgãos de controle externo, o novo marco regulatório deveria “calibrar” – nas palavras do Ministro Ayres Britto – os limites da atuação.

nenhuma decisão estaria sujeita ao controle externo. Naturalmente, não foi esta a intenção do legislador.

Em uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, é possível uma solução ao impasse: a análise da Lei do Mandado de Segurança²¹⁴ distingue os atos praticados pelos dirigentes de estatais classificando-os entre aqueles passíveis ou não de combate através do remédio constitucional e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em diversas ocasiões já se pronunciou sobre o âmbito de aplicação do dispositivo.

Propõe-se, portanto, uma definição do alcance do artigo 90 da Lei 13.303/2016 (3.6).

3.6. A definição de ato de gestão na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Mandado de Segurança é um remédio constitucional previsto na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso LXIX e regulamentado pela Lei 12.016/2009. Trata-se de remédio processual destinado a combater ato ilegal ou abusivo por parte de autoridade pública, mediante a apresentação de prova pré-constituída.

Dada a natureza privada prevista na Constituição Federal (artigo 173, parágrafo 1º, inciso II) para as estatais, os atos de seus administradores, a princípio, não estariam sujeitos ao controle pela via do Mandado de Segurança. Todavia, o parágrafo 2º, do artigo 1º, da respectiva norma estabelece que:

Artigo 1º.

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

²¹⁴ BRASIL, Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília/DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 30 jul. 2017.

O dispositivo, então, diferencia os atos praticados pelas companhias estatais que digam respeito à gestão comercial da companhia dos demais atos praticados pelos Administradores. Aqui, percebe-se de forma bem acentuada o caráter híbrido das estatais defendido por parte da doutrina e reforçado nas discussões do Supremo Tribunal Federal analisadas no Capítulo 1 deste trabalho.

É que duas exigências constitucionais se aplicam a tais companhias: a necessidade de contratação de empregados mediante concurso público²¹⁵ e a obrigação de licitar²¹⁶ suas contratações, ainda que por procedimento menos burocrático.

Estes atos revestiriam a natureza jurídica de direito público, dado o *múnus* público exercido pelo Administrador quando da sua realização. Neste sentido, os atos praticados pelas estatais que digam respeito a concursos públicos ou licitações estão sujeitos a controle pela via do Mandado de Segurança, por ostentarem a natureza de atos públicos²¹⁷.

Trata-se de remédio constitucional que apenas será adequado acaso o ato lesivo tenha sido praticado por uma atuação estatal revestida de caráter público. Acaso o ato tenha sido praticado pelo Estado na qualidade de ente privado, apenas será possível o manejo de remédios comuns das leis processuais²¹⁸.

A norma, portanto, expressamente distingue os atos praticados pelos Administradores de estatais: atos com caráter público, portanto passíveis de combate via *writ* e atos de gestão comercial, cujo ataque seria inviável pela via do remédio constitucional, haja vista ostentarem natureza jurídica de direito privado no interesse da companhia.

Instado a se manifestar sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça pacificara a matéria quanto à possibilidade de impetração de Mandado de Segurança contra ato

²¹⁵ A obrigação de contratação mediante concurso público decorre do princípio constitucional da isonomia e está prevista no artigo 37, incisos II e XXI da Constituição Federal.

²¹⁶ A obrigação de contratação mediante licitação está prevista no artigo 173, parágrafo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

²¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 13ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 518.

²¹⁸ BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 78.

praticado por dirigentes de companhias estatais em sede de procedimentos licitatórios (3.6.1) e também em sede de concursos públicos (3.6.2).

Contudo, ao tratar não do procedimento licitatório, mas de multa estipulada em cláusula contratual aplicada no curso da execução do próprio contrato, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu trata-se de ato de gestão e, portanto, impassível de combate mediante Mandado de Segurança (3.6.3).

Além disso, referida Corte também apreciou hipótese de alteração de plano de saúde de benefício de empregado como ato de gestão (3.6.4).

3.6.1. A natureza pública dos procedimentos licitatórios

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reiteradas ocasiões tem diferenciado os atos de gestão, de natureza privada, dos atos de autoridade, exercidos sob a égide do direito público. O exemplo mais marcante talvez seja o procedimento licitatório que, para o Tribunal, são atos de autoridade passíveis de controle pela via do Mandado de Segurança.

Assim, ainda que a sociedade de economia mista ou a empresa pública exclusivamente exerçam atividade econômica, os atos licitatórios serão atos de autoridade por serem expedidos no exercício regular de delegação de direito público a que tais entidades também estão abrangidas²¹⁹.

Pacífica a jurisprudência no seio do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os atos praticados em procedimentos licitatórios por dirigentes de empresas estatais são atos de autoridade passíveis de combate mediante mandado de segurança²²⁰.

²¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 221.

²²⁰ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se com a Súmula 333, publicada no Diário de Justiça de 14.02.2007, página 246, que possui o seguinte teor: “Súmula 333 – STJ - Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública”.

Conclui-se, portanto, que tais atos não podem ser considerados atos de gestão. Quanto ao objeto do presente trabalho, tais atos, uma vez revestidos de caráter público e passíveis de controle pela via do Mandado de Segurança, também seriam atos passíveis de fiscalização e controle pelos Tribunais de Contas, conforme disposto no artigo 90, da Lei 13.303/2016.

3.6.2. A natureza pública dos concursos públicos

Tal qual a situação das licitações públicas, a atuação dos dirigentes de estatais quando realizam seleções para contratação de servidores também é revestida de caráter público. Também nesta hipótese o Administrador age em razão de um *múnus* público derivado diretamente da Constituição Federal.

Assim, o ato praticado pelo dirigente de empresa estatal em sede de concursos públicos será um ato de autoridade passível de controle pela via do mandado de segurança, conforme sedimentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²²¹. Destaque-se relevante decisão do Supremo Tribunal Federal que referendou o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao caráter público e constitucional da contratação de empregados públicos.

Consagrou a Corte Suprema que em atenção aos princípios da impessoalidade e isonomia que regem a admissão por concurso público, a dispensa dos empregados

²²¹ Por todos, destacam-se os seguintes julgados (**Grifos o Autor**):
 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. AGENTE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. IDADE MÍNIMA FIXADA PARA CONCURSO PÚBLICO. **I - Ao se submeter a normas de direito público para seleção e contratação de servidores, instituindo concurso e convocando-os pela ordem de classificação, a empresa pública sujeita-se a controle através de mandado de segurança.** [...] Recurso desprovido. (REsp 588.017/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2004, DJ 07/06/2004, p. 272)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. AGENTE DO BANCO DO BRASIL. IDADE MÍNIMA FIXADA PARA CONCURSO PÚBLICO. SÚMULA 266/STJ. PRECEDENTES. **I - A obrigação do Banco do Brasil de realizar concurso público para contratar pessoal decorre de mandamento constitucional, inserto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, aplicável aos órgãos da administração pública direta ou indireta, e, portanto, sujeita-se a controle através de mandado de segurança.** [...] III - Recurso a que se nega provimento. (REsp 625.131/RO, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2004, DJ 06/09/2004, p. 315)

de estatais deve ser motivada, garantindo-se a observância dos mesmos postulados consagrados por ocasião da contratação²²².

Por conseguinte, em se tratando de ato que não poderá ser classificado como ato de gestão, a atuação dos Administradores de estatais quando da realização de concursos públicos para contratação de servidores não poderá ser considerado um ato de gestão e, exatamente por isso, será passível de controle e fiscalização pelo Tribunal de Contas da União.

3.6.3. A aplicação de penalidade contratual como ato de gestão

Uma vez celebrado o contrato objeto da licitação realizada, a fiscalização do seu cumprimento, a aplicação de eventual multa por inadimplemento e a execução do contrato fogem do espectro público da atuação do dirigente da empresa pública ou sociedade de economia mista.

É que no ato de gestão particular e Administração encontram-se no mesmo patamar, em igualdade de condições, sendo certo que o ato não se submete aos princípios da atividade administrativa e nem é exercido sob o *múnus* público, diferentemente do ato de autoridade.

Para a doutrina clássica, seriam atos de gestão aqueles praticados pela Administração sem usar da supremacia do interesse público sobre os destinatários do

²²² Ementa: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. (RE 589998, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-179 DIVULG 11-09-2013 PUBLIC 12-09-2013)

ato²²³. A aplicação da penalidade contratual já na fase de execução do contrato – em momento portanto posterior à licitação – deve ser considerado como ato de gestão, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça²²⁴.

Tal ato não poderá ser objeto de Mandado de Segurança e, por conseguinte, não deverá sofrer fiscalização do Tribunal de Contas da União, por não se tratar de ato de autoridade passível de controle externo, conforme preleciona o artigo 90, da Lei 13.303/2016.

²²³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 140.

²²⁴ ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EMPRESA PÚBLICA. CONTRATO FIRMADO A PARTIR DE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA ADEQUAÇÃO DE REDE ELÉTRICA DE AGÊNCIA BANCÁRIA. APLICAÇÃO DE MULTA CONTRATUAL. ATO DE GESTÃO. DESCABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA. 1. A imposição de multa decorrente de contrato ainda que de cunho administrativo não é ato de autoridade, posto inegável ato de gestão contratual. Precedentes jurisprudenciais: AGRG RESP 1107565, RESP 420.914, RESP 577.396 2. Os atos de gestão não possuem o requisito da supremacia, por isso são meros atos da administração e não atos administrativos, sendo que a Administração e o Particular encontram-se em igualdade de condições, em que o ato praticado não se submete aos princípios da atividade administrativa, tampouco exercido no exercício de função pública, não se vislumbrando ato de autoridade. 3. Sob este enfoque preconiza a doutrina que: Atos de gestão são os que a Administração pratica sem usar de sua supremacia sobre os destinatários. Tal ocorre nos atos puramente de administração dos bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares, que não exigem coerção sobre os interessados. (in Direito Administrativo Brasileiro, 31ª Edição, pág. 166, Hely Lopes Meirelles). 4. In casu, versa mandado de segurança impetrado por empresa privada em face da Caixa Econômica Federal visando anular ato do Presidente da Comissão de Licitação que, nos autos do contrato para prestação de serviços de adequação da rede elétrica de agência bancária aplicou a penalidade de multa por atraso da obra. 5. Deveras, apurar infração contratual e sua extensão é incabível em sede de writ, via na qual se exige prova prima facie evidente. 6. A novel Lei do Mando de Segurança nº 12.026/2009 sedimentou o entedimento jurisprudencial do descabimento do mandado de segurança contra ato de gestão, em seu art. 1º, par. 2º, in verbis: "Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionária de serviço público." 7. Consectariamente, a Caixa Econômica Federal mesmo com natureza jurídica de empresa pública que, integrante da Administração Indireta do Estado, ao fixar multa em contrato administrativo pratica ato de gestão não passível de impugnação via mandado de segurança, mercê de não se caracterizar ato de autoridade. 8. Recurso Especial desprovido. (REsp 1078342/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 15/03/2010)

3.6.4. A alteração de plano de saúde de empregado como ato de gestão

O Superior Tribunal de Justiça também apreciara demanda envolvendo a exclusão de beneficiário dependente de plano de saúde coletivo que abrangia todos os empregados de empresa pública. Por ter se divorciado do seu marido, trabalhador da companhia, a impetrante fora desligada do plano.

Segundo decidiu a Corte, o cancelamento da inscrição de beneficiário no plano de saúde obedece a regras estritamente particulares constantes no regulamento da entidade. Assim, o ato de exclusão do plano não poderia ser considerado como ato de império passível de controle pela via do mandado de segurança²²⁵.

Trata-se, pois, de ato de gestão, cuja natureza é estritamente privada e impassível de controle pela via do remédio constitucional. Naturalmente, não será cabível também o controle de tal ato pelo Tribunal de Contas, conforme defendido neste trabalho com fulcro no artigo 90, da Lei 13.303/2016.

3.7. Reflexão sobre a (des)necessidade de revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal

Ao estabelecer que o controle externo das companhias não poderá interferir na gestão das estatais a Lei 13.303/2016 nada mais pontuou que a impossibilidade de controle externo dos atos de gestão comercial das estatais. Tal qual a norma relativa

²²⁵ RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CANCELAMENTO. INSCRIÇÃO. PLANO DE SAÚDE. EMPREGADOS. EMPRESA PÚBLICA. ATO DE GESTÃO. DESCABIMENTO. I - É cabível o mandado de segurança contra atos praticados por dirigentes de sociedades de economia mista e empresas públicas quando são inerentes à sua condição de entes estatais, entendidos como tais aqueles cujos requisitos derivam diretamente da lei. II - O cancelamento da inscrição de dependente no Plano de Assistência Médica da Caixa Econômica Federal obedece às regras constantes do próprio regulamento da entidade, no qual constam os requisitos necessários à realização, assim como a competência e a forma para sua prática. Sendo assim, é ato de gestão, de natureza estritamente privada, motivo por que é descabida a utilização da via mandamental. Recurso provido. (REsp 577.396/PE, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 20/02/2006, p. 331)

ao Mandado de Segurança, estabeleceu-se diferenças entre os atos praticados sob o manto do direito público e aqueles relativos aos atos privados.

E aqui é necessário que se estabeleça uma diferença prática quanto à atuação do Administrador. Afinal, necessário se faz a delimitação quanto ao âmbito de sua responsabilidade em cada uma de suas ações²²⁶ até para que o Administrador possa refletir se aceitará ou não o encargo de gerir uma companhia estatal.

O controle externo das estatais o seria apenas e exclusivamente quanto ao desempenho do *múnus* público do Administrador das estatais, cabendo a fiscalização de sua atuação privada ou o controle sobre os seus atos de gestão para os órgãos internos deliberativos e fiscalizatórios da companhia.

Enquanto a atuação do Administrador versar sobre o procedimento na realização de concursos públicos ou de processos licitatórios, caberá ao Tribunal de Contas respectivo a fiscalização e análise da atuação dos dirigentes de companhias estatais.

Contudo, quando da prática de atos de gestão – e aqui incluímos todos os atos que não se refiram a procedimentos licitatórios ou concursos públicos – a responsabilização do Administrador deverá operar-se nos moldes do artigo 158 e 159 da Lei 6.404/76.

A responsabilidade dos Administradores deve ser apurada, portanto, averiguando-se a real ocorrência de prejuízo à estatal e apenas quando agir dentro

²²⁶ A necessidade de balizas e diferenciação dos atos das estatais encontra-se no voto do Ministro Gilmar Mendes nos autos do Mandado de Segurança 25.181 quando apreciava o ato do Administrador em autorizar renegociação de débito. Excerto extraído do inteiro teor do Acórdão do MS 25.181/DF (MS 25181, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2005, DJ 16-06-2006 PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00131). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86278>. Acesso em 29 jul. 2017. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 52. “[...] Nesse contexto, de fato, é possível refletir sobre eventuais excessos que se venham a cometer no âmbito desta fiscalização e que, de certa forma, estavam presentes no ambiente que determinou o julgamento do mandado de segurança já referido. Precedente que estamos a rever. Nesse contexto, era uma tentativa de encontrar fórmula que limitasse esse poder de intervenção do Tribunal de Contas nas atividades tipicamente negociais dessas entidades. Sabemos [...] da sensibilidade desse tema, em que se tomam decisões de risco, por exemplo no caso específico, tomam-se decisões que tem de ser avaliadas, segundo paradigmas existentes, mas para recuperar créditos, assumindo até determinado tipo de prejuízo.”

de suas atribuições com culpa ou dolo ou quando infringir dispositivo legal ou estatutário.

E, ainda, assim deverá ser aplicada na análise da atuação do dirigente de estatal a regra do *business judgment* rule para se averiguar, no caso concreto, a atuação do gestor em descompasso com os interesses da companhia. Assim, enquanto agir o Administrador no interesse da companhia, buscando a melhor satisfação dos interesses previstos no objeto social, estes não poderão ser responsabilizados por eventual prejuízo decorrente de erro de estratégia.

O ente público, acaso sinta-se prejudicado, poderá buscar o Judiciário para discutir a questão com base no artigo 159 da Lei 6.404/76, através de sua procuradoria judicial. No entanto, o controle apriorístico pelo Tribunal de Contas da União, em um julgamento extrajudicial diverso do debate enfrentado nas instâncias ordinárias da companhia, não nos parece a solução mais adequada.

As alterações legislativas inauguradas pelo novo marco regulatório das estatais justificam a revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao julgado nos Mandado de Segurança de número 25.181 e 25.092.

O controle dos atos das estatais pelos Tribunais de Contas apenas seria cabível quanto aos atos de império que, conforme consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça seriam os atos que envolvem procedimentos licitatórios e concursos públicos para seleção e contratação de empregados. Os demais, atos de gestão onde a estatal atua enquanto ente de natureza privada, devem ser fiscalizados no âmbito das instâncias ordinárias da companhia.

Conclusões

A definição da natureza jurídica das empresas estatais segundo a sua atuação no mercado a atividade desenvolvida, se prestadoras de serviços públicos ou desempenhando atividade econômica não fora prevista na Constituição Federal, tratando-se de uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal galgada em doutrina absolutamente preconceituosa quanto à atuação privada do Estado.

O Constituinte, ao prever a possibilidade de atuação estatal desprovido-se dos privilégios não extensíveis à iniciativa privada, procurou dar efetividade o desenvolvimento de determinadas atividades relevantes para a economia nacional, sem o engessamento característico que circunda a Administração Pública.

Benefícios como facilidade nas contratações, dada a menor burocracia dos procedimentos licitatórios às estatais aplicáveis, menor ingerência dos órgãos de controle quanto às decisões estratégicas e a relevância da entidade no segmento econômico são atrativos que possibilitam um desempenho célere e eficiente da companhia estatal.

Contudo, é comum a equivocada escolha do legislador quando da opção por atuar mediante tal modalidade de descentralização administrativa, em geral a porque a atividade eleita não comportaria a atuação por intermédio de estatais. Além disso, diversos administradores escolhidos para atuarem nas companhias sob critério exclusivamente político e sem qualquer compromisso com o seu objeto social, demonstraram um total descaso com a saúde financeira de tais entes.

Tal realidade não ficou distante dos olhos do Supremo Tribunal Federal. Ao analisar diversos processos que discutiam sob diferentes argumentos e com distintos objetos frequentemente o mesmo tema: a incapacidade das estatais em obter resultado financeiro, a Corte Suprema encontrara uma solução torta.

Seria necessário a identificação do objeto social da companhia – se prestadora de serviço público ou em desempenho de atividade econômica – para posteriormente

analisar-se a existência ou não de regime de monopólio da atividade, bem como o objetivo de se distribuir dividendos entre os acionistas da sociedade.

No Brasil, diversas estatais foram constituídas exatamente para prestar serviços públicos originalmente desinteressantes para a iniciativa privada, mas que no longo prazo decerto que trariam resultados financeiros relevantes. Exemplo disto são as companhias de saneamento básico estadual, onde a totalidade da população do ente é consumidora de seus serviços.

Não há lógica econômica alguma que justifique a impossibilidade destas companhias, ainda que prestando serviços públicos, ainda que atuando em regime de monopólio, não sejam capazes de gerar e distribuir lucro entre seus acionistas, mesmo que no longo prazo.

Todavia, as seguidas trocas de governo com as consequentes mudanças políticas no controle das atividades – ainda que com critérios exclusivamente políticos – bem como o total descaso com a saúde financeira das estatais gerou gigantescas companhias ineficientes que necessitam do auxílio estatal para adimplir suas obrigações.

Ainda que entes privados e, portanto, passíveis de cobrança de tributos, as estatais passaram a sofrer diversas execuções fiscais e repetidos bloqueios em suas contas decorrentes de ordens judiciais diversas. Some-se a isso, a possibilidade de ajuizamento de ações de natureza trabalhista perante a Justiça Especializada, mais célere e mais protetiva aos trabalhadores. Natural, portanto, que os números de bloqueios judiciais tenham crescido exponencialmente.

Diante deste imenso passivo tributário, civil e trabalhista – dada a aplicação desta legislação às estatais tais quais os entes privados – surgira a solução brasileira.

Olvida-se por completo o comando constitucional para de forma simples, rápida e indolor aplicar-se o instituto da imunidade tributária – constitucionalmente previsto para os entes políticos, para se evitar uma guerra predatória onde as atividades estatais são tributadas em uma quebra do pacto federativo – às estatais que não conseguem pagar tributos.

As estatais, sinônimo de má gestão e incompetência, seriam, assim, salvas pelo suposto interesse público que circunda a sua atuação. A elas deve ser aplicado o regime jurídico de direito público, mais como um prêmio do que propriamente por inteligência constitucional. E não apenas isso, aplica-se também o regime de precatórios às execuções contra si manejadas.

A solução é catastrófica. Perdem os credores que já aguardaram anos para consubstanciar o título executivo judicial e agora precisarão aguardar outros tantos, dada a situação igualmente ruim que se encontram os pagamentos de precatório estaduais, por exemplo²²⁷.

Perdem também os demais entes da federação que não sejam os instituidores da companhia estatal. Afinal, a imunidade tributária transforma-se em um salvo conduto perdoando a estatal de pagamentos de qualquer tributo, inclusive os previdenciários.

A consequência do pagamento por precatórios é a dificuldade de a estatal ter acesso ao crédito, uma vez que quanto maior a dificuldade em receber, maiores serão os juros e mais difícil será a concessão do crédito. Já a consequência da imunidade tributária será a dificuldade financeira de todos os demais entes tributantes da sociedade que perderão importante fonte de arrecadação.

Afinal, se deve ser aplicado o regime jurídico de direito público com as consequentes benesses fiscais e processuais às companhias estatais, porque, então não alterar os estatutos sociais transformando-as em uma Autarquia, cuja natureza jurídica é de direito público?

Em todos os casos analisados neste trabalho, as companhias – apesar de serem reconhecidas como de natureza pública – continuam operando sob a mesma constituição: empresa estatal. Estão estas companhias, portanto, no melhor dos

²²⁷ Chega-se a esta conclusão em razão da Emenda Constitucional 94, de 15 de dezembro de 2016, instituída com o propósito de instituir um regime especial de parcelamento de precatórios atrasados. BRASIL, Emenda Constitucional 94, de 15 de dezembro de 2016. Altera o art. 100 da Constituição Federal, para dispor sobre o regime de pagamento de débitos públicos decorrentes de condenações judiciais; e acrescenta dispositivos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir regime especial de pagamento para os casos em mora. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc94.htm. Acesso em 1 ago 2017.

mundos: se manifestam a intenção de contratar, poderão optar pela modalidade licitatória menos burocrática. Contudo, se não pagam seus débitos, poderão socorrer-se aos benefícios da imunidade tributária ou da sistemática de precatórios.

Se pública a natureza jurídica destas, apenas este regime deve ser aplicado, devendo ser determinado que os respectivos entes instituidores da companhia promovam alterações legais e estatutárias para transformar tais entes em autarquias ou fundações públicas. Inconcebível, a possibilidade de transmudação do regime a depender do casuísmo apresentado concretamente.

Por outro lado, se a opção pela atuação estatal o foi por uma companhia cuja natureza jurídica é de direito privado, este dever o regime aplicável às obrigações assumidas, sem a existência de qualquer prerrogativa ou privilégio não extensível à iniciativa privada.

Consequência natural do tratamento público dado à estatais, seja por conta da ineficiência financeira ou por conta da nova visão dada pelo Supremo a tais companhias, tem-se uma maior fiscalização de seus atos pelos órgãos de controle externo. Releva-se a atuação dos Tribunais de Contas no acompanhamento, fiscalização e controle dos atos dos Administradores das estatais.

Se entes privados constituídos sob o tal regime jurídico, não há que se falar em qualquer controle dos atos de seus gestores pelos Tribunais de Contas. Isto porque a fiscalização seria exercida pela própria companhia através de seus órgãos ordinários, ou por seus sócios mediante os instrumentos colocados à sua disposição. Aqui, o ente público instituidor atuaria nas assembleias na qualidade de acionista controlador, com todas as benesses legais a ele inerentes.

Este, inclusive, fora o pensamento inicial do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Mandados de Segurança de número 23.627 e 23.875. Porém, o suposto interesse público que envolve o controle das sociedades estatais gerou uma reviravolta na jurisprudência da Corte, para quem os fins justificam os meios.

A insalubridade financeira e o descaso com que as estatais sempre foram tratadas justificaria a atuação dos Tribunais de Contas no controle e fiscalização dos

entes estatais privados – conforme constitucionalmente previsto. Aqui mais uma solução torta apresentada pela Corte.

Isto porque a indeterminação do conceito de interesse público na doutrina assim como a indefinição do conceito de serviço público geram mais incertezas aos gestores de estatais do que delimitam a sua atuação e os limites da fiscalização do Tribunal de Contas quanto aos atos de estatais jamais foram bem esclarecidos.

Os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal não chegaram a um consenso quanto à possibilidade de atuação do órgão de controle exterior quanto a todos os atos das estatais. Nas entrelinhas, ficou claro que tal controle não poderia extrapolar os limites do razoável, prejudicando a própria atuação da companhia.

Assim, o Judiciário, ao intervir na questão, decidiu o caso concreto mas não resolveu o problema. Os limites da atuação dos Tribunais de Contas não foram bem delineados, resolvendo os Ministros aguardar a edição do novo marco regulatório das estatais que deveria prever a “calibração” das auditorias e determinações do órgão de controle externo.

Contudo, nos parece que os próprios casos analisados pela Corte Suprema, a exemplo do bancário que renegociou um débito antigo e logrou receber alguma receita para a estatal, se referiam a atos de gestão da companhia onde a fiscalização dos órgãos de controle deveria encontrar óbice. Dado o limite subjetivo e a inexistência de regulação legal, entenderam os Ministros pela possibilidade de controle e a manutenção da multa estipulada.

O novo marco regulatório das estatais, contudo, procurou estabelecer diversos mecanismos de controle como forma de injetar nas companhias as ideias da governança corporativa e da boa gestão. Ao regular a nomeação e definição daqueles que podem ser administrador, a novel legislação buscou reduzir as ingerências político-partidárias em torno da atuação das companhias.

Além disso, estabeleceu a norma – ainda que já expresso estivesse na Constituição Federal – a sujeição do regime jurídico de direito privado a todas as

companhias estatais, ainda que exclusivamente prestadoras de serviço público ou atuando no mercado econômico em regime de monopólio.

Trata-se de um verdadeiro diálogo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde o Poder Legislativo procura superar o entendimento da distinção de empresas estatais em razão da atividade por ela desenvolvida. Esta divisão não se encontra na Constituição e não deve prosperar.

Além disso, em sendo privado o regime da companhia, aos Administradores devem ser aplicadas a mesma forma de responsabilização das companhias privadas: apenas poderá ser responsabilizado o gestor quando este causar prejuízo à companhia quando violar norma legal ou estatutária ou, ainda, quando agir com dolo ou culpa.

Deve ser aplicada ainda a ideia do *business judgment rule* quando da atuação do Administrador, segundo a qual não é apenas o simples prejuízo causado à companhia que deve ensejar a sua responsabilização. Se este atuar com o dever de diligência característico à função ocupada, com boa-fé e no interesse da companhia, não existe razão para lhe responsabilizar por eventual equívoco de atuação.

Os erros empresariais de gestão comercial ou industrial não podem ser passíveis de punição, sob pena de se afugentar o aceite para gerir sociedades estatais por pessoas qualificadas que possuem relevância para o mercado. Não se pode, pois, exigir um grau de diligência acima do esperado para o homem médio, devendo-se proteger os gestores em caso de decisões tomadas no exercício da boa-fé e no interesse da companhia.

Ao regulamentar o exercício da fiscalização das estatais pela sociedade e pelos órgãos de controle interno e externo, a Lei 13.303/2016 não adentrou com profundidade nos limites da atuação destes órgãos. O artigo 90 da norma limitou-se a afirmar que o exercício da fiscalização não poderá interferir na gestão das companhias ou na definição de suas políticas públicas.

Em um paralelo com a Lei 12.016/2009, que ao dispor sobre o Mandado de Segurança divide claramente os atos das empresas estatais em atos de império e atos

de gestão, este trabalho propôs-se a estabelecer um limite da atuação dos Tribunais de Contas com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema.

A atuação dos Tribunais de Contas nas estatais deve limitar-se aos atos de império, onde o Administrador atua utilizando-se da supremacia estatal. Apesar de conceitos indeterminados, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificara hipóteses onde os atos seriam tipicamente de império, tendo considerado os demais – até o momento – como atos de gestão.

Assim, sempre que a atuação das estatais estiver jungida a procedimentos licitatórios ou a concursos públicos para seleção de empregados, haverá a possibilidade de atuação dos órgãos de controle externo, uma vez que se tratam de atos de autoridade. Caberá, portanto, a fiscalização e controle dos Tribunais de Contas sobre todo e qualquer ato relativo aos procedimentos licitatórios e aos concursos públicos para seleção de empregados.

Por outro lado, quaisquer outros atos praticados pelos administradores dizem respeito à gestão da companhia e o artigo 90 da Lei 13.303/2016 impede a fiscalização e controle pelo Tribunal de Contas.

Aqui é necessário se levar a sério a natureza jurídica privada das empresas estatais: se a opção legítima de atuação estatal deu-se por meio de tais companhias, o regime jurídico privado deve ser aplicado na íntegra, ainda que possa existir qualquer divagação quanto às ingerências políticas ou incompetência dos gestores nomeados.

Os atos de gestão – quaisquer que sejam eles – devem submeter-se única e exclusivamente ao controle da própria companhia, através de seus órgãos estatutários cabendo ao ente público instituidor exercer os seus direitos de acionista controlador e combater os desvios de atuação dos Administradores.

Estes, acaso pequem no seu dever de diligência e causem prejuízos à companhia, seja através de violação às normas ou agindo com dolo ou culpa, poderão ser responsabilizados conforme previsão dos artigos 158 e 159 da Lei 6.404/76.

Entendimento contrário, seguramente afastará os bons profissionais da gestão das companhias estatais, por impor demasiado encargo à administração da companhia.

Assim, os atos de gestão praticados pelos administradores – aqui considerados todos aqueles que não digam respeito a procedimentos licitatórios ou concursos públicos para seleção de empregados – não são passíveis de fiscalização e controle pelos Tribunais de Contas. Estes não podem, pois, aplicar penalidades nos gestores por quaisquer atos desta natureza.

Contudo, os atos de gestão não ficam imunes a qualquer fiscalização: a própria companhia estatal, através de seus órgãos deliberativos deverá fiscalizar sua atuação. Além disso, o ente político instituidor, agindo na condição de acionista majoritário e controlador, poderá exercer os poderes e benefícios que lhe são característicos.

Por fim, as estatais que não possuem razão de existir, seja porque demasiadamente onerosas e pouco rentáveis ou por conta do imenso passivo existente, devem ter seus estatutos alterados para rever a sua posição no organograma da Administração. Se a elas se pretende aplicar o regime jurídico de direito público, necessária sua transformação em uma pessoa jurídica de direito público, a exemplo de uma Autarquia ou Fundação.

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**, Dados: Revista de Ciências Sociais, p. 5-34, n. 31, Rio de Janeiro, 1988.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, António Pereira de. **Sociedades comerciais**. Coimbra/PT: Coimbra, 1997.

AMARAL, Diogo de Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Coimbra/PT: Almedina, 2003, V. II.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea**. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 42, número 168. Brasília: Senado Federal / Subsecretaria de Edições Técnicas, outubro / dezembro de 2005.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. São Paulo: Atlas, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Organizador: Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 173-217.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89-116.

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado (Parecer)**. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, p. 367-374, jun. 1999.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Serviços públicos e atividades econômicas na Constituição de 1988**. RDA: revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, Editora Fórum, v. 197, p. 10-21, jul/set 1994.

BETTARELLO, Flávio Campestrin. **Governança Corporativa: fundamentos jurídicos e regulação**. São Paulo/SP: Editora Quartier Latin, 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba/PR: Editora ZNT, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública – uma proposta atual de sistematização**. In: Processo de Execução. Sérgio Shimua e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2001.

BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo: RT, 1985.

BULGARELLI, Waldírio. **Manual das sociedades anônimas**. 6ª edição. São Paulo/SP: Atlas, 1991.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. V. 4, t.1. São Paulo/SP: Saraiva, 1997.

CORREIA, Luís Brito. **Os administradores de sociedades anônimas**. Coimbra/PT: Almedina, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. **Discricionariedade administrativa e interesses públicos: superando a supremacia em busca da ponderação**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 122, p. 9-21, abr. 2011.

CUNHA, Lásaro Cândido da. **Precatório: execução contra a fazenda pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil - Volume 5 – Execução**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2009.

ESCOLA, Héctor. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires/AR: Depalma, 2006.

EIZIRIK, Nelson. As sociedades com participação estatal e o Tribunal de Contas. In: **Questões de Direito Societário e Mercado de Capitais**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública**. 3ª edição. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 1978.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. **Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

FURTADO, Paulo. **Execução**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17ª edição. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10ª edição. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2005.

GUERRA, Sérgio. **A reversibilidade dos bens nas concessões de serviços públicos**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 187-196, out./dez. 2004.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo/SP, n. 42, p. 69-88, abr/jun 1981.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Tributário Municipal: Sistema Tributário Municipal**. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

HEATH, John B. **Sistemas de controle para empresas públicas em países em desenvolvimento: uma estrutura para sistemas de controle**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro/RJ, v. 14, n. 2, p. 51-67, abr/jun 1980.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo [livro eletrônico]**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre “serviço público” e “atividade econômica”**. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro/RJ, ano 1, número 1, p. 119-135, jan/mar. 2006.

LIMONGI, Fernando. **A Democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**, São Paulo: Novos Estudos – CEBRAP, n. 76, 2006, p. 17-41.

LUCHESI, Janine Silva Cabral. **A adesão às práticas de governança corporativa e à autonomia privada.** Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte, ano 11, n. 1, p. 111-133, jan./abr. 2014.

MACIEL, Igor Moura. **O poder de agenda do Congresso Nacional: o exercício da liberdade do poder legislativo face às frequentes ingerências do Executivo.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1.067 – 1.082, maio/ago. 2015.

MADUREIRA, Claudio Penedo. **Supremacia do interesse público sobre o privado: uma necessária desconstrução da crítica.** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 161, p. 9-24, jul. 2014.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio.** 29ª edição atualizada por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Sistema Tributário Brasileiro.** *In:* Curso de Direito Tributário. Coordenador: Ives Gandra da Silva Martins. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Luciano. Estado Capitalista e burocracia no Brasil pós-64. Rio de Janeiro/RJ: Editora Paz e Terra, 1985.

MAURER, Hartmut. **Derecho administrativo – parte general.** Trad. Para o espanhol coordenada por Gabriel Doménech Pascual. Madrid/ES: Marcial Pons, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 18ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 2, n. 17, jul. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=2142>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A noção jurídica de “interesse público”**. In: **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo/SP: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOISÉS, José Álvaro. **Desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão (1995 – 2006)**. In: Cadernos Adenauer XII (2011), n. 02. O Congresso e o presidencialismo de coalizão. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, Setembro de 2011.

MORAES, Anderson Júnio Leal. **Regimes jurídicos das empresas estatais**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=53907>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

MORO, Emilio F. **Culpa em la administración de sociedades comerciales. Lealtad y diligencia del buen hombre de negocios**. 1ª ed. Buenos Aires/AR: La Rocca, 2013.

MUKAI, Toshio. **O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo: temas fundamentais**. Salvador/BA: Juspodvm, 2016.

PINTO, Henrique Motta. **Empresa estatal: modelo político em crise?** Dissertação de Mestrado. Orientador: Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8969/1/Henrique%20Motta%20Pinto.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

PIVA, Otávio. **Presidencialismo sem coalizão: a ruptura do modelo de relacionamento entre poderes no governo Collor**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), 2010.

RIBEIRO, Milton Nassau. **Aspectos jurídicos da governança corporativa**. São Paulo/SP: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007.

RIBEIRO, Renato Ventura. **Dever de diligência dos administradores de sociedades**. São Paulo/SP Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **O trust e o direito brasileiro**. São Paulo/SP: LTr, 1996.

SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ, 2003.

SANTOS, Flávio Rosendo dos; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves de; NASCIMENTO, Décio Estevão do. **As empresas estatais e seu conflito intrínseco: lucratividade versus colaboração na implementação de políticas públicas**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 111-131, out./dez. 2015.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. *In*: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 23-117.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma Rule of Law e a relevância das alternativas institucionais**. Revista Direito GV, São Paulo, Editora Fundação Getúlio Vargas, v. 6, n. 1, p. 213-252, jan./jun. 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais**. *In*: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse

Público. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 219-248.

SILVA, Alexandre Couto. **Responsabilidade dos administradores de S/A**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVA, Poliana Ribeiro Soares. **Preleções à autarquização das empresas estatais prestadoras de serviço público**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 183, p. 52-61, maio 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério**. In: Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte/MG, n. 245, p. 13-30, mai/ago. 2007.

TÁCITO, Caio. **Regime jurídico das empresas estatais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 195, p. 1-8, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45976/47417>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

TÁCITO, Caio. **Os Tribunais de Contas e controle das empresas estatais**. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro/RJ: Editora Fórum, n. 148, abr/jun 1982.

TEMER, Michel. **O Congresso Nacional e a Reforma Política**. In: MODESTO, Paulo e MENDONÇA, Oscar (coord.). Direito do Estado – Novos Rumos. Tomo 1 – Direito Constitucional. Pgs. 13/22. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

TOMAZETTE, Marlon. **A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) no Brasil**. Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte, ano 10, n. 3, p. 99-132, set./dez. 2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública**. Tribunal de Contas da União, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão. Brasília. 2014.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **O princípio da impessoalidade**. Rio de Janeiro/RJ: Editora Renovar, 2001.

ZANINI, Carlos Klein. **A doutrina dos “Fiduciary Duties” no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo/SP, n. 109, p. 137-149, jan/mar 1998.