

MARCELO GODOY

**FUNCIONALIDADE DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: INFLUÊNCIA DA
EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 19/98 SOBRE AS LICITAÇÕES**

**Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito, Faculdade de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marcia Carla
Pereira Ribeiro**

Curitiba

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

FUNCIONALIDADE DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA: INFLUÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 19/98 SOBRE AS LICITAÇÕES

Por

MARCELO GODOY

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

**Presidente:
(Orientadora)**

Prof.^a Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro

Membro:

Prof. Dr. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

Membro:

Prof. Dr. Edson Isfer

Aos meus pais, base indispensável de vida.

Às minhas irmãs, pelo carinho e ajuda.

À Raquel. Simplesmente por tudo.

AGRADECIMENTOS

O muito obrigado às pessoas que colaboraram direta ou mesmo indiretamente para tornar possível a realização deste trabalho, nas condições em que pôde ser levada a efeito a pesquisa.

Ao Sr. Pedro Godoy, meu pai, pelo suporte do computador novo, que muito ajudou na conclusão da redação em tempo recorde. Ao Sr. José Mário Hostin e família, pelo acolhimento e hospitalidade dignos de nota, bem como pela base material utilizada. À acadêmica e companheira Raquel Morrissy Hostin pelas diversas idas a bibliotecas e pela paciência na ajuda para carregar fotocópias e livros emprestados.

À doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro pela compreensão, respeito e profissionalismo com que conduziu as orientações.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO	ii
SUMÁRIO	v
RESUMO	vi
INTRODUÇÃO	1
I – INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	2
1. Descentralização e intervenção	2
2. Empresas estatais	3
2.1 O termo “empresa estatal”	4
2.2 Empresa pública e sociedade de economia mista	4
2.3 Exemplos atuais de sociedades de economia mista	7
3. Influência do componente político e a ordem econômica na CF/88	8
II – O SUJEITO DE DIREITO SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA	11
1. Conceito de sociedade de economia mista	11
1.1 A doutrina frente ao Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967	12
2. Surgimento e evolução	16
3. Estrutura e criação	18
3.1 O confronto entre serviço público e lucro	19
4. Regime jurídico aplicável	22
III – A FUNCIONALIDADE E AS EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS AO REGIME JURÍDICO PRIVADO	25
1. Regime jurídico e finalidade	25
2. Prestação de serviço público e exploração de atividade econômica	26
3. Regime de licitação na Emenda Constitucional n.º 19/98	27
4. Perspectivas para a sociedade de economia mista	31
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

RESUMO

A atuação do Estado no domínio econômico pode se dar por meio da criação de uma sociedade mercantil regida pelo direito privado. No contexto constitucional, tal atuação do Estado é restrita e deve respeitar os limites estipulados. No gênero empresa estatal, a intervenção e a descentralização do Estado encontram um ponto em comum. Na espécie sociedade de economia mista há o encontro entre interesses públicos e privados. Mesmo suscitando dúvidas, a sociedade de economia mista é um mecanismo do qual o Estado amplamente lança mão, seja para atuar no espaço da iniciativa privada, seja para a prestação de serviços públicos, que como tal foram fixados em lei. A atividade dessa sociedade mista é regulada por normas de naturezas distintas, sem que, no entanto, tenha uma perfeita delimitação jurídica. Sendo a intenção do Estado desburocratizar processos e ser eficiente, surge um conflito quando se compara tal intenção a exigências formais constantes na legislação pátria. Este trabalho parte do que é essencial no conceito de sociedade de economia mista para analisar criteriosamente as regras incidentes sobre as atividades desse modelo societário. Busca-se compreender o que é a sociedade de economia mista e para que fins ela efetivamente foi criada.

INTRODUÇÃO

O tema das empresas estatais alcança relevo em virtude de se tratarem de um mecanismo muito utilizado pelo Estado na descentralização de suas funções. Em razão da existência de falhas legislativas, o regime de atuação dessas empresas suscitou e ainda suscita dúvidas, levantando questões que a doutrina tem incansavelmente debatido.

Este trabalho busca contribuir com a formulação de um estatuto jurídico para essas empresas, a partir de um modelo específico a ser estudado: a sociedade de economia mista. Parte-se de um enfoque sistemático do ordenamento jurídico, para que os critérios utilizados para serem regidas as atividades das companhias mistas sejam ordenados logicamente em torno de uma essência efetivamente caracterizadora desta pessoa jurídica.

Inicialmente, localiza-se juridicamente e faticamente o tema, norteando-se pela revisão de conceitos que sejam instrumentos de análise e de procedimento. O primeiro capítulo dá o ponto de partida das questões que farão o conteúdo do trabalho.

Adentrando diretamente na essência da sociedade de economia mista, o segundo capítulo vai fixar o sujeito estudado. O objetivo é delinear desde já o que é fundamental na caracterização do objeto de estudo, para que posteriormente se possa analisar a incidência das regras jurídicas sobre o ente societário.

Por fim, o trabalho busca as normas aplicáveis às atividades da sociedade de economia mista. O estudo vai diretamente ao encontro dos limites entre o público e o privado, marca intrínseca de sociedades mercantis cujo controle acionário pertence a uma pessoa pública.

I – INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

1. Descentralização e intervenção

A idéia de conjugação do Estado com o particular levanta o questionamento acerca das esferas de atuação estatal. Numa sociedade capitalista, a Ordem Econômica é composta dos espaços público e privado. Para que se possa compreender corretamente o tema, faz-se necessária uma abordagem de delimitação de conceitos instrumentais. É a isso que este capítulo se destina.

Para desempenhar suas funções, a Administração Pública pode recorrer à descentralização administrativa que é um recurso de transferência de competências do Poder Estatal¹. As pessoas políticas da Administração Direta formam um conjunto hierarquizado de centros de competência ou órgãos públicos. Administração Indireta é formada por entes dotados de personalidade jurídica, portanto de existência legal distinta, para exercerem atividades de cunho público. Estes entes paraestatais são criados especialmente para desenvolver atividades vinculadas à pessoa política responsável pela criação e formação patrimonial deles. Os entes que formam a Administração Indireta brasileira são as fundações, as autarquias, as agências, implantadas após a Emenda Constitucional 19/98, e as empresas estatais: empresa pública e sociedade de economia mista.

Neste ponto a descentralização e a intervenção encontram um ponto comum. Frutos da descentralização das atividades do Poder Público, as empresas estatais são verdadeiros instrumentos jurídicos de intervenção estatal, como já proclamou

¹ TEMER, Michel. Elementos do Direito Constitucional. São Paulo, RT, 1989, p. 56.

Alfredo de Almeida PAIVA.² A intervenção estatal está englobada na atuação estatal, conquanto esta seja mais abrangente que a primeira, conforme se depreende da análise de Eros Roberto GRAU.³

Corresponde à esfera pública o que é extra-econômico e compete exclusivamente ao Estado. A esfera privada concentra as atividades econômicas, sendo o espaço do mercado, permitindo o desenvolvimento da atividade econômica de acordo com as diretrizes políticas que orientam a economia do país.

Mas a economia de um país não é rigidamente segmentada em atividades exclusivas do Estado ou do particular. Ver-se-ão atividades que poderiam ser consideradas serviço público serem desempenhadas pelo particular. Também atividades de caráter eminentemente privado serem realizadas pelo Estado, mediante instrumentos jurídicos que possibilitam essa transcendência. Com efeito, pode-se visualizar uma área cinzenta, em que poderão conviver os interesses público e privado, por certo tempo e tendo uma meta específica.

2. Empresas Estatais

Antes de evoluir com o estudo das sociedades de economia mista, convém delinear mais conceitos referentes ao objeto deste estudo. Ao se tratar de empresas estatais é necessário que se faça uma cuidadosa diferenciação, para que não se incorra em equívoco, pois há várias proximidades entre nomenclaturas e conceitos.

² Alfredo de Almeida PAIVA em seu célebre trabalho "As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado", RDA, 60/1-15, abr./jun. 1960.

³ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 2. ed., São Paulo, RT, 1991, passim.

2.1 O termo “empresa estatal”

Esta denominação leva em conta a influência do interesse estatal na atividade dessas pessoas jurídicas de direito privado, que têm formato de empresas privadas. Conquanto haja o interesse público em ambas as espécies do gênero de que agora se trata, convencionou-se, até por força de criação legislativa, denominar empresa pública como espécie do gênero empresas estatais. Como espécie está também a sociedade de economia mista. Porém não só o aporte de capital justifica a convenção, como se examina a seguir.

2.2 Empresa pública e sociedade de economia mista

Como visto, as empresas estatais possuem como dado comum e fundamental a natureza jurídica de direito privado. Além disso, há o necessário aporte de capital público. Mas há que se acrescentar que a empresa pública e a sociedade de economia mista são “estatais” na medida em que o Estado gerencia suas ações, devendo os fins do Estado também serem determinantes da finalidade estatutária dessas empresas, pois o termo “público” implica ainda um fim de interesse da coletividade. Conforme a visão de Caio TÁCITO, “nas empresas estatais (como tal entendidas as empresas públicas e as sociedades de economia mista) a forma é privada, mas o substrato é público.”⁴

⁴ TÁCITO, Caio. As empresas estatais no direito brasileiro. In: TELLES, Antonio A. Queiroz; ARAÚJO, Edmir Netto de (coord.). Direito administrativo na década de 90. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 16.

Ressalte-se ainda que outra característica primordial da criação das empresas estatais é a comercialidade. O Estado atua, intervindo no domínio econômico, desempenhando atividade de natureza econômica.

Outros traços comuns são a derrogação parcial do direito privado por normas de direito público, em função do vínculo que possuem com o Estado. Também estão vinculadas aos fins determinados na lei instituidora e sujeitas ao controle estatal.⁵

Também a denominação “economia mista” não é apropriada. Alfredo de Almeida PAIVA, seguindo a orientação de Fritz Fleiner, destaca que a expressão não aponta para um significado jurídico, mas apenas para a noção de que “o capital privado e os fundos públicos se reuniram para a exploração de uma empresa econômica.”⁶ Ademais não há propriamente uma economia mista.

Basicamente, estes dois modelos de descentralização administrativa têm como diferença o fato de que a empresa pública possui capital exclusivamente estatal, ao passo que a sociedade de economia mista é constituída de capital público e privado. Além disso, as empresas públicas podem adotar qualquer forma societária, enquanto que as sociedades de economia mista só podem adotar a forma de sociedades anônimas. Deve-se ter cautela com esse último critério, sobretudo porque à empresa pública é lícito adotar também a forma de sociedade anônima – e com freqüência o faz – podendo gerar confusão se não observado o primeiro e mais básico dos critérios: a composição do capital.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO cita ainda mais dois critérios diferenciadores. Em primeiro lugar, a empresa pública tem os processos judiciais

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 3. ed., São Paulo, Atlas, 1992, p. 283.

⁶ PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. RDA 60/1-15, abr./jun. 1960, p. 311.

relativos a seus direitos e obrigações julgados perante a Justiça Federal, por força de dispositivo constitucional (art. 109, I). Ao contrário, a sociedade de economia mista, tem suas discussões levadas a efeito na Justiça Estadual.⁷

Destaque-se que, como decorrência da personalidade jurídica de direito privado, em princípio o foro competente para conhecer das demandas relativas a ambos os modelos de estatais seria da Justiça Estadual. Todavia, a diferenciação em relação à empresa pública se dá em função de expressa disposição constitucional. Na passagem, o autor trata das empresas constituídas no âmbito da descentralização administrativa federal. Nos Estados a competência para julgamento é das Varas da Fazenda Pública.

E, por fim, o mesmo autor aduz que “empresas públicas estão sujeitas a falência, ao passo que algumas das sociedades de economia mista, as prestadoras de serviço público, não estão.”⁸

A tese contrária à falência das sociedades de economia mista, que se aplica integralmente às prestadoras de serviço público, baseia-se, além da expressa disposição do art. 242 da Lei 6404/76, na idéia de que uma vez que são criadas por lei para o cumprimento de determinada finalidade, somente por lei poderão ser extintas. Ademais, há responsabilidade subsidiária do Estado para com as dívidas contraídas pela estatal.

Para as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, que atuam em concorrência com o setor privado, a impossibilidade de falência seria um privilégio injustificado em face da disposição constitucional de atuação em

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 151.

⁸ Idem, *Ibidem*.

regime de igualdade com as empresas privadas. Se a elas não deve ser aplicado um regime que lhes imponha inferioridade, tampouco podem lhes ser concedidos benefícios tais que lhes permitam sufocar a iniciativa privada.

2.3 Exemplos atuais de sociedades de economia mista

Para ilustrar o molde que se prepara, passa-se a concretizar os conceitos em exemplos demonstrativos do relevo e importância do tema. As Sociedades de Economia Mista já tiveram sua derrocada proclamada antes por Bilac PINTO⁹, mas persistiram sendo o formato de variadas empresas no País. Atualmente seu declínio é novamente alertado. Ainda que avance o processo de desestatização, persistem Sociedades de Economia Mista em todos os níveis da Administração Pública brasileira.¹⁰

No âmbito da União Federal, o primeiro destaque é dado ao Banco do Brasil S/A, que teve sua fundação histórica por meio do Alvará de 12 de outubro de 1808. Foi formado “com capitais privados, aos quais veio se associar a Coroa em 1812.”¹¹ A atual forma jurídica do Banco foi instituída por meio do Decreto n.º 1455 de 30 de dezembro de 1905.¹²

⁹ No texto “O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas emprêsas [sic] públicas”. (PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas emprêsas públicas. RDA 32/1-12)

¹⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Sociedade de economia mista & empresa privada: estrutura e função. Curitiba, Juruá, 1999. Fruto de sua tese de doutoramento, a autora trabalha nesta obra com a idéia de esgotamento das funções das empresas estatais, que dão lugar à ascendência da funcionalidade das empresas privadas. Em contraste, com a obra de Bilac PINTO (cf. nota anterior) é indicativo da mudança de contexto político e econômico.

¹¹ TÁCITO, Caio. As empresas estatais no direito brasileiro. In: TELLES, Antonio A. Queiroz; ARAÚJO, Edmir Netto de (coord.). Direito administrativo na década de 90. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

¹² O anterior “Banco da República do Brasil foi considerado liquidado e seus bens, direitos e ações incorporados e sub-rogados ao novo Banco, para integrar o capital inicial de 70.000 contos de réis.” (www.bb.com.br).

Exemplo de relevante importância é a Petrobrás S/A. Instituída em 1953 para exercer o monopólio estatal do petróleo, teve seu regime jurídico alterado em alguns aspectos pela Lei 9478/97, que simboliza um movimento de flexibilização, segundo Arnaldo WALD.¹³

No Estado do Paraná, são exemplos a Sanepar e a COHAPAR – Companhia de Habitação do Paraná¹⁴, devendo-se anotar a Copel – Companhia Paranaense de Energia Elétrica S.A, que atravessa processo de desestatização em 2001¹⁵, e o Banco do Estado do Paraná, recentemente desestatizado.¹⁶

3. Influência do componente político e a ordem econômica na CF/88

A associação de capital público e privado, para fins de atuação no domínio econômico, está diretamente relacionada com a ordem econômica vigente no país. Conseqüentemente, é grande a influência do fator político na medida em que os governantes estabeleçam as políticas públicas de direcionamento dos rumos do Estado.

Ademais, a atividade financeira do Estado não está isolada dos outros múltiplos fatores que formam a sociedade, como alerta Fernando SAINZ DE

¹³ WALD, Arnaldo. A flexibilização do regime jurídico das sociedades controladas pelo Estado. RDR 12/9-20, set./dez. 1998, p. 13.

¹⁴ “(...) fundada em 1965, é uma empresa de economia mista vinculada à Secretaria Especial de Política Habitacional, que atua na execução dos programas habitacionais do Governo do Estado.” (www.cohapar.com.br).

¹⁵ Em audiência pública ocorrida no dia 02 de agosto de 2001, foi determinado que a realização do leilão para oferta das ações da Copel será em 31 de Outubro do mesmo ano. O Estado do Paraná é proprietário de 31% do total de ações da empresa, todavia detém a maioria das ações com direito a voto: 58%. MURARA, Carmem. Definida data de venda da Copel. Folha do Paraná, Curitiba, 03/08/2001, p. 5.

¹⁶ O Banco do Estado do Paraná teve suas ações compradas em leilão público pelo Banco Itaú S.A.

BUJANDA. Para o autor espanhol, o fator político possui tal importância, que penetra na essência da atividade financeira e determina sua própria natureza.¹⁷

Desse modo, conforme a orientação ideológica da política governamental, a sociedade de economia viveu (e vive) diferentes momentos de existência. Desde o período de surgimento, passando pelo de aumento da intervenção estatal, até as atuais privatizações, a sociedade mista tem sua importância rediscutida, partindo-se de vieses ideológicos.

No período que se seguiu à 2ª Guerra Mundial, houve a fase de ampliação do intervencionismo. O Estado de bem-estar progressivamente incorporou inúmeras atividades à sua esfera de atuação. Neste ponto, surgiram várias sociedades de economia mista no Brasil, a exemplo do que ocorreu na Europa no mesmo período. Porém, paralelamente ao crescimento do Estado, os problemas de conflitos de interesses internos na sociedade mista vieram a lume, trazendo com eles opiniões contrárias à sua existência. Mas o que se pretendia, então, era que o espaço fosse cedido às empresas públicas, cujo capital pertencia integralmente ao Estado, que eram vistas como alternativas modernas. Tal ponto de vista é plenamente justificável no contexto em que se escreve que “um dos aspectos mais característicos da evolução do Estado moderno é, sem dúvida, o da progressiva ampliação da área ocupada pelos serviços públicos”.¹⁸

¹⁷ “Todas las doctrinas reseñadas sobre la índole de la actividad financiera ofrecen dos notas comunes: 1.ª Afirman la naturaleza económica de esa actividad; y 2.ª Reconocen la influencia de otros factores – políticos, sociales, técnicos o jurídicos – en su desenvolvimiento...” E prossegue “...Sin embargo, la importancia que casi todas ellas atribuyen al factor político en la actividad financiera es de tal magnitud que un espíritu crítico se resiste a creer que esse factor actúa tan sólo en el ambiente o mundo exterior en que dicha actividad se desenvuelve. Parece más acertado considerar que el factor político, en vez de limitar su influjo a la periferia del fenómeno financiero, penetra en su propia sustancia y determina su naturaleza.” (SAINZ DE BUJANDA, Fernando. Hacienda y derecho: introducción al derecho financiero de nuestro tiempo. Vol. I, Madrid, Aguirre, 1975, p. 20)

¹⁸ PINTO, Bilac. “O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas”. RDA 32/1-12, p. 1.

Já na década de oitenta, no entanto, verificaram-se conseqüências do intervencionismo, como desajuste fiscal e déficit orçamentário, que se refletiram também em inúmeras e gigantescas empresas estatais. No Brasil, o período posterior ao regime militar foi marcado não só pela dificultosa transição para a democracia, como também pela catastrófica situação econômica do país.

O Brasil seguiu a tendência, iniciada na Europa, de tornar o Estado gerencial. A palavra “eficiência”, que foi transportada da empresa privada para a gestão governamental, passou a ser questão de ordem, sendo inclusive inserida no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional n.º 19/98. A administração gerencial da coisa pública é uma das premissas do neoliberalismo na forma como se apresenta nos anos noventa. Para as estatais, o neoliberalismo reserva a privatização, num processo de redução das tarefas do Estado.

Moldada no período de transição para a democracia, a ordem econômica da Constituição Federal de 1988 se traduz num modelo econômico de economia de mercado, em que a atividade econômica do Estado é complementar da iniciativa privada, devendo ser exercida de forma subsidiária. Assim, a intervenção estatal no domínio econômico deve ser considerada de plano como excepcional, sendo baseada em imperativos fins coletivos, na forma do que dispõe o *caput* do art. 173 do texto constitucional.

II – O SUJEITO DE DIREITO SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

1. Conceito de sociedade de economia mista

Cumprir buscar um conceito que seja instrumentalmente válido para se delimitar corretamente a natureza jurídica da sociedade de economia mista (SEM). É mister que se tenha essa correta delimitação, pois o caráter híbrido das empresas estatais leva a confusões, sobretudo quando se trata do regime jurídico a ser aplicado.

A essencialidade da SEM reside no fato de serem instrumentos de ação do Estado. E é inafastável numa empresa estatal que o interesse público seja dominante, mesmo que alguns autores levantem a discussão acerca de uma concorrência com os interesses dos acionistas minoritários.¹⁹ Tal consideração é fundamental, por exemplo, para se compreender a aplicação imperativa de normas de direito público, pois são empresas cuja personalidade jurídica é de direito privado. Aliás, a personalidade jurídica de direito privado não pode ter o condão de afastar a incidência de determinadas normas do regime jurídico-administrativo.²⁰

Deve-se agregar o fato de que o Estado empresta do direito comercial a estrutura societária, conforme seja adequada a suas intenções, buscando-se uma alternativa ao formalismo da Administração Pública por meio de pessoas jurídicas de direito privado, dotadas de maior mobilidade. No entanto, a sociedade de economia mista não é uma mera afluyente de capital do Estado em conjunto com o privado, pois

¹⁹ “En realidad se trata de una de las formas más apropiadas para hacer desempeñar un mal papel al Estado, colocándolo en una situación falsa y ambigua y, desde luego, en beneficio exclusivo del capital privado.” (BIELSA, Rafael. Estudios de derecho público. Vol. I – Derecho administrativo, Buenos Aires, De Palma, 1959, p. 593)

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 152

permanece o seu caráter essencial de mecanismo da ação do Estado, sendo uma “agência de desenvolvimento econômico”.²¹

1.1 A doutrina frente ao Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967

Na doutrina são encontrados conceitos e definições diversos, podendo-se perceber que a formulação desses conceitos toma por base as características que a SEM apresenta. Além do mais, a existência da conceituação legal vincula a caracterização da figura jurídica, na medida em que condicione sua existência.

Anteriormente a uma definição legal, Alfredo de Almeida PAIVA procurou pela definição que melhor caracterizasse a SEM, destacando as de Themístocles Brandão CAVALCANTI e de Hector CÁMARA. Segundo Alfredo de Almeida PAIVA, a definição do primeiro abarca todas as características estudadas, porém mais perfeita seria a do segundo, pela concisão. Aliás, discordando do autor, registre-se que Hector CÁMARA dá um conceito não só mais conciso, mas também mais preciso, sendo relevante sua transcrição: “aquella sometida en sus líneas esenciales a las sociedades por acciones, donde participan como accionistas y administradores conjuntamente uma o más personas jurídicas públicas con sujetos privados, para la persecución de fines económicos de interés general.”²²

²¹ No dizer de A. H. HANSON, Citado por Caio TÁCITO. (As empresas estatais no direito brasileiro. In: TELLES, Antonio A. Queiroz; ARAÚJO, Edmir Netto de (coord.). Direito administrativo na década de 90. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 17.)

²² Segundo Themístocles Brandão CAVALCANTI, citado por Alfredo de Almeida PAIVA, sociedade de economia mista é “aquela em que se verifica sob uma estrutura de direito privado a participação financeira de uma pessoa pública e dos particulares, regendo-se por normas especiais e organizada a sua administração de forma a conciliar os interesses econômicos dos sócios com o interesse público, representado êste pela participação da pessoa de direito público na constituição do capital da empresa e na sua administração” [sic]. (PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. RDA 60/1-15, abr./jun. 1960, p. 6-7)

Interessante a percepção de que o conceito apresentado possui traços básicos da definição legal, sendo que posteriormente à edição do Decreto-lei 200, autores trarão conceitos absolutamente vinculados àquela definição. Assim, repare-se que antes do referido decreto-lei dizer expressamente que a sociedade de economia mista é um ente “criado por lei”, tal característica não constava do conceito doutrinário. Não se olvida que a lei seja um elemento importante, e que sua análise seja efetivamente fundamental, porém é inadmissível que a construção doutrinária seja sufocada por uma mera exegese legal.²³

A par disso, o conceito legal é amplamente adotado como critério definidor da sociedade de economia mista. Prescreve o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, com as alterações do Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969:

Art. 5.º Para os fins desta lei, considera-se:

I – (...)

II – (...)

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

§ 1.º No caso do inciso III, quando a atividade fôr submetida a regime de monopólio estatal, a maioria acionária caberá apenas à União, em caráter permanente.

§ 2.º (...)

Como já se tenha tratado do tema da “criação por lei”, destaca-se o fato de que o conceito legal aponta que o objetivo da sociedade mista será a “exploração de

²³ Ressaltando-se que a sociedade não é propriamente “criada” pela lei, mas sua instituição é autorizada. Porém, haverá quem sustente tal afirmação, reforçando a idéia da pura exegese literal da lei em detrimento da hermenêutica construtiva. Assim, não se concebe uma inovação da Emenda Constitucional 19/98, ao modificar o inciso XIX do art. 37, no que tange à criação das empresas estatais. A disciplina trazida pela modificação, em verdade, apenas corrige a falha técnica da redação original, que já era apontada na doutrina. Neste ponto, discorda-se de Alexandre de MORAES, (MORAES, Alexandre de. Reforma administrativa: Emenda Constitucional n.º 19/98. 3. ed., São Paulo, Atlas, 1999, p. 58), entendendo-se que o regime por ele apontado como inovador, na realidade já era o praticado.

atividade econômica”, expressão essa trazida pelo Decreto-lei 900 em substituição à disposição anterior que falava em “atividade de natureza mercantil”. Tal fixação de objetivo fez com que autores considerassem que a companhia mista não pudesse se destinar a prestar serviços públicos, “atividade não econômica propriamente”.²⁴

De outro lado, defende-se aqui uma hermenêutica construtiva do sistema jurídico como um todo integrado, com a certeza da não existência de barreiras rígidas entre o público e o privado. Dessa maneira, pensando-se sistematicamente, é possível que a sociedade de economia mista preste serviço público, na medida em que isso possa ser concluído da leitura dos Arts. 173 e 175 da Constituição Federal.

É pacífico entre os constitucionalistas que os citados artigos referem-se respectivamente às hipóteses de atuação do Estado no domínio econômico propriamente dito, isto é, próprio da iniciativa privada, e na prestação dos serviços públicos que assim são considerados pela lei.

O Art. 175 prevê expressamente que o serviço público possa ser prestado pelo Estado diretamente, ou por meio de concessão. Ora, não se nega a comercialidade da companhia mista ao admitir-se que seja ela criada e imediatamente incumbida da prestação de serviço público, por meio de concessão, ainda que haja impropriedade do uso da sociedade por ações para esse intento.

Assim sendo, resta afirmar que o fato de ser “exploradora de atividade econômica” não representa óbice a que a sociedade de economia mista preste serviço público. E ainda sob uma outra perspectiva, também se admite tal situação,

²⁴ FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 89.

pois que a Ordem Econômica na Constituição Federal possa ser compreendida como área de atividade econômica, a partir da leitura de Eros GRAU.²⁵

Celso Antônio BANDEIRA DE MELO aponta ainda para a impropriedade de que o capital majoritário pertença exclusivamente à União, na medida em que poderia também ser proveniente de uma autarquia ou outra estatal.²⁶

O Decreto-lei 200 possui o mérito de formar um estatuto jurídico para a Administração Indireta. Permaneceu por um longo tempo sendo o único critério definidor dessas entidades. Porém, sua edição teve uma finalidade específica: regulamentar as atividades da Administração Pública Federal. Porém, com o tempo, sua aplicação foi estendida aos âmbitos estaduais e municipais, sendo que a matéria também foi regulada por outros diplomas legislativos e inclusive constitucionalmente.

A sociedade de economia mista submete-se à Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6404/76). No diploma legal das sociedades consta um capítulo destinado à regulação da companhia mista, que não é conceituada pela lei, havendo expressa remissão a outras leis. Fica evidente a intenção do legislador em não repetir o conceito já constante do Decreto-lei 200/67.

Por todo o visto, o conceito legal deve ser observado com restrições, devendo o intérprete exercer sua atividade em compasso com a realidade fática e com os princípios que orientam todo o ordenamento jurídico.

²⁵ “A prestação de *serviço público* está voltada a satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podemos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*.” Nesta passagem, o vocábulo *atividade econômica* toma uma acepção em sentido amplo, sendo gênero do qual são espécies, segundo o autor o *serviço público* e a *atividade econômica em sentido estrito*. (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 139)

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 146.

A sociedade de economia mista então, pode ser entendida como uma sociedade por ações (portanto pessoa jurídica de direito privado), cuja composição social é formada por capital público e privado, sendo que o controle acionário (e conseqüente administração) é destinado ao Estado, para que a pessoa jurídica seja destinada aos fins que justificaram sua criação.

Essa pessoa jurídica que se tem aqui por delimitada, possui algumas características, tais como a derrogação parcial das normas de direito comercial por normas de direito público e o fato de que sua instituição somente pode se dar por meio de lei específica de autorização, que serão melhor delineadas no decorrer deste capítulo.

2. Surgimento e evolução

As primeiras notícias da associação do capital público ao particular remontam os fins do século XVI e início do XVII. A criação da Companhia das Índias Orientais, na Holanda em 1602, é o marco de um modelo inicial deste tipo de empreendimento. As grandes companhias coloniais surgem na vigência dos Estados absolutistas, com a finalidade de cumprir com objetivos de interesse geral. Para tanto, recebiam inúmeros privilégios e favores, de que o Estado se aproveitava, visto que participando direta ou indiretamente, “também corria os riscos do empreendimento”.²⁷

A Companhia Holandesa das Índias Orientais teve sua fundação em 20 de março de 1602. A constituição da companhia decorreu de ato governamental e

²⁷ PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. RDA 60/1-15, abr./jun. 1960, p. 5.

admitiu-se o ingresso de quantas pessoas desejassem, sem limitações de ordem política ou religiosa. Teve inúmeros privilégios em função do grande objetivo a que foi incumbida: “a penetração e conquista do Golfo Pérsico à Indonésia”.²⁸ Percebem-se, desde já, duas características congêntas às sociedades de economia mista: a realização de fins do Estado e a livre participação do capital particular (inerente à estrutura de sociedade por ações).

O nascimento das sociedades de economia mista é fenômeno bem mais recente no Brasil. Embora se possa relatar historicamente a fundação do Banco do Brasil, em 1812²⁹, com os contornos atuais, tais empresas vão surgir somente no século XX.³⁰ O período posterior à primeira guerra mundial é apontado como de surgimento das sociedades mistas.³¹

Porém, é no período que se seguiu à segunda guerra mundial, que se ampliou o número de estatais, pela característica intervencionista a que se moldava o Estado. Culminaram se tornando empresas de grande porte no país, alcançando a liderança no *ranking* das sociedades comerciais até a década de noventa.³²

²⁸ “Para tanto, a Companhia foi investida de poderes e prerrogativas de Estado: fazer a guerra e firmar tratados com príncipes estrangeiros, concluir alianças e até cunhar moeda (COTTINO, 1957, p. 574). A expressão ‘Estado dentro do Estado’, tão usada para dimensionar as grandes companhias da época, em diversos países, a nenhum outro exemplo se aplicaria melhor.” (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação. Vol. 1, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 33)

²⁹ Ver item 2.3 do Capítulo I.

³⁰ WALD, Arnoldo. A flexibilização do regime jurídico das sociedades controladas pelo Estado. RDR 12/9-20, set./dez. 1998, p. 18.

³¹ BIELSA, Rafael. Estudios de derecho público. Vol. I – Derecho administrativo, Buenos Aires, De Palma, 1959, p. 593.

³² WALD, Arnoldo. A flexibilização do regime jurídico das sociedades controladas pelo Estado. RDR 12/9-20, set./dez. 1998, p. 10.

3. Estrutura e criação

A sociedade de economia mista só pode ser criada mediante a edição de lei autorizadora específica. Do disposto no inciso XIX, do artigo 37 da Constituição Federal se extrai a exigência. Não pode simplesmente haver uma autorização genérica para que o Executivo crie tais entidades. É preciso que a lei determine especificamente “que entidade que pretende gerar, que escopo deverá por ela ser cumprido e quais atribuições que para tanto lhe confere”.³³

A exigência de criação em virtude de lei consta na legislação infraconstitucional no inciso III, do art. 5º, do Decreto-lei n.º 200, e também no art. 236 da Lei n.º 6404/76. Além disso, constitucionalmente se prevê que a mesma autorização legislativa é exigida para a criação de subsidiárias e participação da estatal em empresas privadas (art. 37, XX). Não basta a autorização genérica para que subsidiárias sejam criadas, é necessária a designação específica da sociedade em que a estatal será acionária.

Deve-se ter em conta que a lei de que se fala não cria propriamente a entidade, mas autoriza a criação desta. Tratando-se de sociedades comerciais de estrutura privada, sua criação se dá na forma do estabelecido para as demais sociedades mercantis, ou seja, por meio do registro de seus estatutos. A Emenda Constitucional (EC) n.º 19/98, buscou corrigir tal impropriedade técnica, alterando a redação do inciso XIX do Art. 37. A nova redação dispõe que “somente por lei

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 12ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 162.

específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação (...).³⁴

A Lei n.º 6404 de 15 de dezembro de 1976 (Lei das S.A.), traz também normas aplicáveis à Sociedade de Economia Mista, dedicando-lhe inclusive capítulo próprio. Da leitura dessa lei, extraem-se outras regras estruturais, como a sujeição às normas da CVM, no caso de companhia aberta (art. 235, § 1º), e a manutenção obrigatória de conselho de administração, órgão colegiado de direção, como nos casos das sociedades anônimas abertas comuns (art. 239, *caput*).

3.1. O confronto entre serviço público e lucro

A Lei das S.A. também se depara com a divergência de interesses entre os acionistas da companhia. Se de um lado, a sociedade mista é vinculada aos interesses estatais, de outro é composta também por acionistas particulares, que, como todo empresário, visam o lucro.

O Estado, através da pessoa instituidora da empresa, é acionista controlador, possuindo os mesmos deveres e responsabilidades do controlador da sociedade anônima comum, na forma do que dispõe a primeira parte do art. 238. Todavia, o referido artigo é complementado por uma ressalva: “**mas poderá** orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação”. (grifou-se)

Desde já se indaga do porquê da ressalva em relação às responsabilidades comuns do acionista controlador, que são constantes dos Arts. 116 e 117, pois de tais

³⁴ Texto em vigor antes da promulgação da EC n.º 19/98: “somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública.”

responsabilidades não pode se eximir o administrador estatal. Entende-se que seja questão do legislador de se estabelecer claramente a finalidade coletiva da sociedade de economia mista, em compasso com a vinculação que a mesma deve ter com os fins para que foi criada.

Destinação de interesse público da atividade empresarial do Estado é essencial para que essa atividade possa ser levada a efeito, como se deduz da Ordem Econômica vigente.³⁵ Também reforça este entendimento, o art. 237 do mesmo diploma legal, quando estabelece que a sociedade de economia mista somente poderá desenvolver as atividades que estiverem previstas na lei instituidora da companhia.

Vista desse ângulo, a recomendação da segunda parte do art. 238 parece plenamente condizente com a condição de entidade componente da Administração Indireta. Em função da especialidade que a companhia mista apresenta, é necessário que a lei aponte para sua finalidade precípua, à qual também estará vinculado o estatuto social da sociedade. Aliás, levando-se em conta justamente a finalidade da sociedade de economia mista, convém acrescentar que a parte final do referido artigo não expressa propriamente uma *permissão*, mas um *dever* do controlador de agir desse modo. Como finaliza Eros Roberto GRAU, “a expressão, portanto, é incorreta, sendo exato que não simplesmente *poderá* – mas, pelo contrário, *deverá* – a controladora prover o pleno atendimento do interesse público”.³⁶

³⁵ Ver. item 3 do capítulo I.

³⁶ No texto “Sociedades de economia mista”, In: VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Comentários à lei das sociedades por ações. São Paulo, Resenha Universitária, 1978, p. 161-162.

Porém, como visto, neste ente estatal há a convivência do interesse público com a busca do lucro do acionista particular. Então se faz necessária a mediação dos interesses conflitantes. A lei das S.A. estabelece que nas sociedades de economia mista a existência do Conselho de Administração será obrigatória, tal qual ocorre nas companhias comuns de capital aberto. Porém, no caso específico da estatal, a exigência legal constante na primeira parte do *caput* do art. 239, como se indicou na Exposição de Motivos, se dá face à consideração de que “na sociedade de economia mista, dada a existência, por definição, de grupos de acionistas com interesses distintos, quais sejam, o Estado, que busca o interesse público, e o investidor particular, que visa o lucro, a administração deverá compreender sempre o órgão colegiado”.³⁷ Na mesma esteira, o restante do *caput* do referido artigo, assegura expressamente “à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo”.

Fato é que a sociedade de economia mista é analogamente estruturada como companhia aberta, de modo que suas atividades sejam sempre alvo de fiscalização por parte dos acionistas, tamanha a importância dos negócios que a entidade descentralizada pratica. Essa tendência análoga culmina com o parágrafo único do art. 239, que dispõe: “Os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas”.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. Sociedades de economia mista. In: VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Comentários à lei das sociedades por ações. São Paulo, Resenha Universitária, 1978, p. 164.

4. Regime jurídico aplicável

Partindo do aspecto nuclear das Sociedades de Economia Mista, pode-se chegar a um critério para se determinar qual o regime jurídico incidente sobre sua atividade. São mecanismos da ação estatal na atividade econômica. Em um primeiro plano, tem-se que o objetivo da utilização dessas entidades é a eficiência, sendo o Estado atraído pela dinâmica das relações comerciais privadas. Todavia, além do aspecto de eficiência, a atuação estatal nunca pode estar desvinculada do controle inerente a ela mesma.

Não se olvida que por força de sua estrutura jurídica, sejam regidas em algum momento pelo regime jurídico privado. Porém, para elas se dirigem recursos estatais, e como todo e qualquer recurso público aplicado, estão necessariamente sujeitos a controle. Assim, forçosamente incidirá mais de um regime jurídico sobre suas atividades.

Discute-se então, qual seria a natureza jurídica das Sociedades de Economia Mista. Dividem-se os autores a respeito da natureza dessas sociedades, classificando-as como de direito privado, público ou ainda de natureza “híbrida”, não podendo ser enquadradas em nenhum dos dois primeiros.³⁸

Buscando solucionar esse problema, encontra-se na doutrina a consideração de que a sociedade de economia mista está sujeita a diferentes níveis de incidência dos regimes jurídicos.

³⁸ A expressão é utilizada por Eros GRAU ao citar Lúcia Valle Figueiredo. A autora qualifica as empresas estatais como “formas híbridas” porque ora se submetem ao regime de direito privado, ora ao regime de direito público. (Interpretação e Crítica da Ordem Econômica. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 147-148).

Eros Roberto GRAU aponta para esses diferentes níveis de incidência dos regimes jurídicos na Sociedade de Economia Mista, dividindo-os basicamente em dois: estrutural e funcional. Quanto à estrutura, verifica-se o regime jurídico aplicável ao formato institucional da empresa, por exemplo, controle das decisões por parte do Estado. O aspecto da funcionalidade se refere à dinâmica das relações da empresa com terceiros ou com o próprio Estado. Desse modo, sob o aspecto funcional interno (relações com o Estado) verifica-se a existência ou não de controle das contas da empresa, e sob o aspecto funcional externo (relações com terceiros) analisa-se o regime jurídico a que se submetem os contratos celebrados pela pessoa jurídica. Revela-se assim uma classificação tripartite.³⁹

A classificação apresentada coincide com a proposta por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que também divide em três os âmbitos de incidência dos regimes jurídicos, a saber: “(a) relações destas entidades com a pessoa jurídica de cuja Administração Central são auxiliares; (b) relações com terceiros; e (c) relações internas”, sendo que há ainda uma diferença de disciplina entre as empresas consoante sejam prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica.⁴⁰

Por fim, reitera-se que a sociedade de economia mista possui personalidade jurídica de direito privado. O Estado lança mão da estrutura empresarial privada, buscando a dinâmica intrínseca a esse ramo da atividade econômica. Nenhum sentido faria, então, fazê-lo através de um ente de direito público. Todavia, leva-se em conta a incidência de normas de direito público derogatórias do direito comum,

³⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 148.

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 161.

necessárias para manter o enlace com o Estado em muitos casos, meramente decorrentes da atividade desenvolvida, em outros.

Essa incidência não a torna uma pessoa jurídica híbrida, mesmo que coexistam diferentes níveis de aplicação de regimes jurídicos. Ademais, essa derrogação parcial de normas de direito comum é elemento caracterizador da sociedade de economia mista, diferenciando-a das sociedades por ações comuns.⁴¹

Como conseqüência da natureza jurídica de direito privado, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO destaca o fim das dúvidas acerca do direito aplicável à sociedade de economia mista: “será sempre o direito privado, a não ser que se esteja na presença da norma *expressa* de direito público.”⁴² Tal afirmação deve ser empregada com cautela, para serem evitadas confusões, notadamente quanto a temas como a licitação e fiscalização das contas por parte do Estado.

Reitera-se que, se em muitos casos a derrogação do direito comum pelo direito público é necessária para a caracterização da sociedade de economia mista, em outros haverá normalmente a incidência do regime jurídico-administrativo em virtude do interesse coletivo de que sua atividade se reveste.

Assim, se a sociedade de economia mista é concessionária de serviço público, seus contratos serão regidos pelo regime jurídico novo em função da natureza de prestadora de serviço público. Do mesmo modo, pela natureza de entidade da Administração Indireta, está sujeita a regime de licitação e fiscalização pelo Tribunal de Contas, mesmo que seja exploradora de atividade econômica, pois todo investimento estatal deve ser controlado em prol do interesse público.

⁴¹ Mesmo que haja aporte de capital estatal, pois neste caso, seria apenas uma participação acionária do Estado, não se configurando um ente descentralizado.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 3. ed., São Paulo, Atlas, 1992, p. 285.

III – A FUNCIONALIDADE E AS EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS AO REGIME JURÍDICO PRIVADO

1. Regime jurídico e finalidade

O regime jurídico de direito privado está diretamente relacionado à intenção de desburocratização dos serviços prestados pelo Estado. Buscando se libertar do rígido regime jurídico-administrativo, o Estado encontra nas empresas estatais uma válvula de escape. Sob a estrutura do direito privado busca-se diminuir custos e agilizar processos, de modo que tais conquistas possam influenciar positivamente na qualidade dos serviços prestados ao cidadão. Além disso, na medida em que o Estado é também fomentador da iniciativa privada, tais empresas representam um grande instrumento de atuação estatal.

Porém, como dito, a finalidade que orienta a busca do regime jurídico mais flexível não pode ser outra senão a de melhor atender aos fins do Estado de melhor prover o bem comum. Sob esse prisma, não poderia o sistema jurídico permitir que o Estado agisse totalmente sob a égide do direito privado, pois que a administração do patrimônio e dos interesses públicos toca a toda a coletividade.

E o sistema constitucional, coerente com a idéia de interesse coletivo, impõe exceções ao regime próprio das empresas comerciais, no que tange à gestão dos bens públicos. Há, então, uma efetiva derrogação parcial das normas de direito privado, por normas de direito público. Tal derrogação não descaracteriza a sociedade comercial em si, devendo ser entendida num sistema de fiscalização permanente dos investimentos estatais. De qualquer modo, é preciso que tal fiscalização não se revele um óbice à agilização que é buscada através da

sociedade mista, pois o resultado será fatalmente uma contradição interna na atividade da companhia, assim como da racionalidade que orienta a descentralização.

2. Prestação de serviço público e exploração de atividade econômica

Inserindo o objeto deste trabalho no contexto da ordem econômica constitucional, verifica-se que são duas as espécies de sociedade de economia mista: há a exploradora de atividade econômica e a prestadora de serviço público. Para a compreensão do regime jurídico incidente sobre as atividades da companhia mista, é necessário ter em mente a “circunstância de entidades de direito privado serem, porém, entes governamentais e atuarem ora no âmbito dos serviços públicos, ora no campo da atividade econômica em sentido estrito”.⁴³

Nesse molde, a sociedade mercantil que também é um ente governamental pode ser exploradora de atividade econômica. Sob esse modelo o Estado ingressa no domínio econômico preferencial da iniciativa privada. O regime jurídico constitucional incidente parte da análise do Art. 173, em compasso com as demais normas que o texto constitucional reserva para as estatais. Nesse caso, devem preferencialmente ser reguladas pelo regime de direito privado, pois, encontrando-se em situação de concorrência, não devem ser prejudicadas por amarras burocráticas, do mesmo modo que não devem sufocar a iniciativa privada, com privilégios não extensíveis às demais sociedades mercantis.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 149.

Quando prestadoras de serviço público, é natural que o regime seja mais próximo da Administração Direta. No sistema constitucional, o regime jurídico da prestação de serviço público indiretamente pelo Estado, está estatuído no Art. 175.

3. Regime de licitação na Emenda Constitucional n.º 19/98

As sociedades de economia mista passaram por diferentes regimes licitatórios. Após um período em que pacificamente se considerou como correta a não obediência ao regime de licitação, as sociedades mistas passam a ter a imposição dos princípios gerais da licitação, para em um momento posterior serem abrangidas por regras gerais estabelecidas para todos os âmbitos da Administração Pública. Num contexto de flexibilização do regime legal das empresas do Estado, é editada a Emenda Constitucional n.º 19/98, que introduz a reforma administrativa. Nessa Emenda, o legislador abriu margem para que se produza um estatuto jurídico da sociedade de economia mista.

Desde as primeiras leis que regulamentaram a licitação e os contratos administrativos, as empresas estatais estiveram dispensadas de licitar. Tal fase inicial culmina no Decreto-lei 200/67, que exclui as estatais dos procedimentos licitatórios que estava a regular. Nesse momento a doutrina era mansa e pacífica ao afirmar a não obediência da sociedade de economia mista ao regime de licitação. Porém, tal perspectiva se alterou com a edição do Decreto-lei 2.300/86, que consistiu no Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos.

O Decreto-lei 2.300 de 21 de novembro de 1986 reservou para a sociedade de economia mista, a obediência aos princípios básicos da licitação, definindo expressamente quais seriam estes princípios no Art. 3º.⁴⁴

Nova situação se iniciou com a promulgação da atual Lei de licitações e contratos administrativos – Lei 8.666 de 1º de junho de 1993. A partir de então passou-se a considerar a aplicação do regime da lei de licitações para a sociedade de economia mista, na forma do que foi estipulado pela própria lei. Tal consideração provocou um desconforto para as estatais, principalmente para as que exercem atividade de cunho econômico por excelência, em concorrência com empresas privadas. Buscando alterar o quadro desenhado, a Emenda Constitucional n.º 19/98 (EC 19/98), entre outras mudanças, traz alterações quanto ao disposto nos Arts. 22, 37 e 173 que influenciam diretamente o regime jurídico incidente sobre a companhia mista.

Pela nova redação do inciso XXVII, do art. 22, compete à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”. À vista desse dispositivo, de imediato é preciso esclarecer que o referido art. 173 delinea a sociedade de economia mista cuja natureza é de exploradora de atividade econômica.

⁴⁴ Os princípios relacionados são os “da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos outros que lhe são correlatos”. (TÁCITO, Caio. As empresas estatais no direito brasileiro. In: TELLES, Antonio A. Queiroz; ARAÚJO, Edmir Netto de (coord.). Direito administrativo na década de 90. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 26.)

Desse modo, o estatuto jurídico ao qual a Constituição faz remissão se voltará para uma determinada espécie de companhia mista: aquela que concorre diretamente com empresas privadas, atuando no domínio econômico propriamente dito.

Mantém-se o entendimento de que há uma diferenciação de regimes jurídicos aplicáveis à companhia mista, consoante a natureza da atividade desenvolvida. Como critério determinante, tem-se que o art. 173 regula a intervenção econômica no campo da iniciativa privada. Parte-se da disposição constante no *caput* e prossegue-se pelas demais disposições sobre o regime jurídico aplicável às empresas estatais que atuam nessa esfera. Nesse artigo consta, inclusive, a notória disposição de que a empresa governamental deve submeter-se ao regime próprio das empresas privadas. Tal submissão só se justifica se há pretensão de que a estatal atue em igualdade de condições com as empresas privadas, portanto, explorando atividade econômica. Em contraponto o art. 175 regula a prestação dos serviços públicos, sendo que a sociedade de economia mista prestadora de serviço público se submete ao regime ditado por este artigo.

Seguindo a excelente lição do professor Marçal JUSTEN FILHO, não se concebe que a EC 19/98 tenha reunido as empresas estatais sob as previsões do art. 173, desconsiderando a distinção anteriormente feita.⁴⁵ Num primeiro momento deve se ter em mente a impossibilidade de se suprimir a diferença entre os Arts. 173 e 175, pois que há evidentemente uma diferença entre prestar serviço público e atuar diretamente no domínio econômico privado. Ademais, acrescenta o mestre:

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 5. ed., São Paulo, Dialética, 1998, p. 26.

É incorreto o argumento de que, por a nova redação do art. 173, § 1º aludir a atividade econômica de comercialização de bens e prestação de serviços, isso compreenderia também “serviços públicos”. Isso significaria ignorar a conceituação privatística de atividade empresarial, a que se reporta a nova redação constitucional. A empresa – núcleo em torno do qual se organiza o Direito Comercial deste século – consiste na organização profissional dos fatores econômicos para a produção e circulação de bens e prestação de serviços. O art. 173 reportou-se a essa definição (que consta, aliás, do projeto do Código Civil). Destinou-se a evitar preconceito de que atividade econômica consistiria apenas na produção ou comercialização de bens, restringindo-a ao conceito oitocentista de “comércio”. O domínio econômico é muito mais amplo do que isso e abrange também a exploração empresarial de atividades de prestação de serviços.

Embora a tese oposta seja defendida,⁴⁶ encontra-se maior razão nas justificativas apontadas pelo referido autor.

Com esse prisma, resumem-se as alterações trazidas pela EC 19/98 a abrir espaço para um estatuto jurídico das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. Podem ser flexibilizadas as regras concernentes à licitação, permitindo uma atuação mais livre e desburocratizada dessas empresas, de modo que não sejam prejudicadas na concorrência com as empresas privadas. Porém, enquanto não haja a edição de tal estatuto, permanecem vigentes as normas da lei 8666/93 também para esta espécie de companhia mista. Do mesmo modo, permanecem as regras de licitação nos moldes da referida lei.

Compreende-se afinal, que o regime jurídico da exploradora de atividade econômica seja mais flexível, para se moldar à concorrência privada dentro dos limites que qualquer investimento estatal possui. Porém, não se pode admitir que tais entes estejam, de outro lado, isentos de licitar em qualquer caso. Assim, por exemplo, na hipótese de aquisição de maquinário ou compra de um terreno para a

⁴⁶ Com propriedade, por sinal, Alice Gonzales BORGES expressa a opinião contrária no texto “O estatuto jurídico das empresas estatais na emenda constitucional n.º 19/98” (RDA 217/1-12, jul./set. 1999, p. 7). A autora argumenta que se não fazem parte do art. 173, as sociedades de economia mista “não estariam sujeitas a nenhuma norma de licitação e contratação”. Discorda-se entendendo que a disciplina jurídica das prestadoras de serviço público não sofre alteração com a EC 19/98.

instalação de uma nova filial, não há dúvida de que permanece a obrigatoriedade da licitação. Obrigatoriedade esta que se estende à sociedade mista prestadora de serviço público, que não estando em concorrência com o particular, deve ter o regime jurídico mais próximo do das autarquias e da própria Administração Direta.

4. Perspectivas para a Sociedade de Economia Mista

As características atuais da economia global, voltada para a agilidade do mercado e a tendência mundial das privatizações, recomendam cautela ao se tratar do tema das empresas estatais. No Brasil, as atividades que foram anteriormente incorporadas pelo Estado, hoje sofrem uma corrente migratória, sendo deslocadas para o setor privado, sobretudo por meio de concessões. Esse fenômeno de “privatização” dos serviços é indicativo da extinção da sociedade de economia mista. No entanto, deve-se ter o devido resguardo de observar a realidade fática e perceber a grande quantidade de estatais ainda existentes, e que persistem por representar de algum modo uma conveniência para o Estado em todos os seus níveis federativos.

De qualquer modo, deve haver uma restrição gradual às entidades mistas, permanecendo aquelas que sejam especificamente destinadas a uma finalidade pública essencial. Assim, por exemplo, ocorreria com determinada atividade de cunho econômico, cuja prática é mantida em regime de monopólio.

O momento histórico pode conduzir facilmente ao entendimento de que a onda de privatizações das estatais e a concorrência destas com a iniciativa privada, represente uma transição para a extinção do modelo societário que ora se estuda.

Todavia, a cautela antes recomendada alerta para o fato de que o modelo deve ainda permanecer, do mesmo modo como antes permaneceu, a despeito do que é proclamado.⁴⁷

⁴⁷ Somente para ilustrar, registre-se o projeto de lei n.º 1491 (Lei Postal), que após dois anos de tramitação no Congresso, está pronto e deve ser encaminhado ao plenário para discussão. Pelo projeto, haveria a “criação” da “Correios do Brasil S.A.”, uma sociedade de economia mista que substituiria a atual responsável pelo setor, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – uma empresa pública. O projeto ainda prevê, reforçando a idéia exposta no texto deste trabalho, que a Correios do Brasil exerceria com exclusividade por dez anos as atividades de “transporte de encomendas e cargas postais, avançando também sobre os mercados de logística, armazenamento e comércio eletrônico. De quebra, o monopólio afeta todas as operações de exportação e importação”. (ARNT, Ricardo. Bomba postal. Revista Exame, São Paulo, ano 35, n.º 16, edição n.º 746. p. 72-75. 08/08/2001, p. 72)

CONCLUSÃO

Tendo em vista o estudado, pode-se concluir que a sociedade de economia mista se caracteriza primordialmente por ser uma pessoa jurídica de direito privado, mas que é um mecanismo da atuação estatal, seja ela no domínio econômico ou na prestação de serviços.

Este modelo de empresa estatal é estruturado sob a forma de sociedade por ações. Seu regime jurídico é similar ao das demais sociedades mercantis, todavia há a coexistência de normas de direito administrativo incidindo sobre sua atividade, na medida em que haja fiscalização dos investimentos estatais.

A companhia mista tem o dever de obedecer aos princípios gerais da administração pública.

Há submissão ao dever de licitar em ambas as espécies existentes, mas para um modelo específico – exploradora de atividade econômica – esse dever pode ser flexibilizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNT, Ricardo. **Bomba postal**. Revista Exame. São Paulo, ano 35, n.º 16, edição n.º 746. p. 72-75. 08/08/2001.

BANCO DO BRASIL. **Histórico**. (s.d.) Disponível no endereço URL <http://www.bb.com.br>, consultado em 05/08/2001, às 20 horas.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2000.

BRASIL. Decreto-Lei 200, 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

BIELSA, Rafael. **Estudios de derecho público**. Vol. I – Derecho administrativo, Buenos Aires, De Palma, 1959.

BORGES, Alice Gonzales. **O estatuto jurídico das empresas estatais na emenda constitucional n.º 19/98**. Revista de Direito Administrativo n. 217/1-12, jul./set. 1999.

BOTTALLO, Eduardo Domingos (Coord.). **Curso de direito empresarial**. 3 vol. – Direito Econômico, São Paulo, EDUC – Resenha Tributária, 1976.

COHAPAR. **O que é a cohapar?** (s.d.) Disponível no endereço URL <http://www.cohapar.com.br>, consultado em 05/08/2001, às 20 horas e 10 minutos.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990.

_____. **Curso de direito administrativo**. 13. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 3. ed., São Paulo, Atlas, 1992.

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

EIZIRIK, Nelson. **Sociedades anônimas: Jurisprudência**. São Paulo, Renovar, 1996.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

GASTALDI, José Petrelli Gastaldi. **O lucro: sua legitimidade e limitação**. São Paulo, Guaíra, 19??

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Sociedades de economia mista. In: VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Comentários à lei das sociedades por ações**. São Paulo, Resenha Universitária, 1978.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 5. ed., São Paulo, Dialética, 1998.

_____. **Empresa, ordem econômica e Constituição**. Revista de Direito Administrativo n. 212/109-133, abr./jun. 1998.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação**. Vol. 1, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa: Emenda Constitucional n.º 19/98**. 3. ed., São Paulo, Atlas, 1999.

MURARA, Carmem. **Definida data de venda da Copel**. Folha do Paraná, Curitiba, 03/08/2001. p. 5.

PAIVA, Alfredo de Almeida. **As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado**. Revista de Direito Administrativo n. 60/1-15, abr./jun. 1960.

PINTO, Bilac. **O declínio da sociedade de economia mista e a ascensão da moderna empresa pública**. Revista de Direito Administrativo n.º 32/1-12.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 18 ed., vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1993.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista & empresa privada: estrutura e função**. Curitiba, Juruá, 1999.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra, Almedina, 1981.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando. **Hacienda y derecho: introducción al derecho financiero de nuestro tiempo**. Vol. I, Madrid, Aguirre, 1975.

SOUSA FRANCO, Antônio L. de. **Finanças públicas e direito financeiro**. Coimbra, Almedina, 1986.

TÁCITO, Caio. As empresas estatais no direito brasileiro. In: TELLES, Antonio A. Queiroz; ARAÚJO, Edmir Netto de (coord.). **Direito administrativo na década de 90**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

TEMER, Michel. **Elementos do Direito Constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

WALD, Arnoldo. **A flexibilização do regime jurídico das sociedades controladas pelo Estado**. Revista de Direito Renovar n. 12/9-20, set./dez. 1998.